





TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

TYPOGRAPHIE DE H. FIRMIN DIDOT. — MESNIL (EURE).

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

PAR

M. F. C. DE SAVIGNY

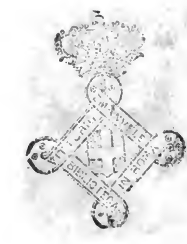
MEMBRE DE L'INSTITUT DE FRANCE

Traduit de l'Allemand

PAR M. CH. GUENOUX

DOCTEUR EN DROIT

TOME DEUXIÈME



PARIS

LIBRAIRIE DE FIRMIN DIDOT FRÈRES

Imprimeurs de l'Institut de France

RUE JACOB, 56

1855

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES CONSIDÉRÉES COMME SUJETS DES RAPPORTS DE DROIT.

APPENDICES.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME DEUXIÈME.



TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES CONSIDÉRÉES COMME SUJETS DES RAPPORTS DE DROIT.

§ LX. *Capacité naturelle, et ses modifications par le droit positif.*

Tout rapport de droit consiste dans une relation de personne à personne. Le premier élément *de ce rapport* que nous ayons à étudier est la nature des personnes dont les relations réciproques sont susceptibles de créer ce rapport. Ici donc se présente la question : Qui peut être sujet d'un rapport de droit? Cette question concerne la possession possible des droits ou la *capacité du droit,* non leur acquisition possible ou la *capacité d'agir,* dont je traiterai dans le chapitre suivant (§ 106).

Le rapport de droit nous montre une per-

sonne déterminée, tantôt vis-à-vis d'une autre personne également déterminée, tantôt vis-à-vis de tous les autres hommes sans distinction (§ 58). La présente recherche, par la nature de son objet, s'applique aux rapports de droit entre personnes déterminées; car, s'il s'agit d'un rapport purement négatif, où tous les hommes sont placés en présence d'un seul, par exemple d'un propriétaire, chacun est considéré comme capable.

Tout droit est la sanction de la liberté morale inhérente à chaque homme (§ 4, 9, 52) (*a*). Aussi, l'idée primitive de personne ou sujet du droit se confond avec l'idée d'homme, et l'identité primitive de ces deux idées peut se formuler en ces termes : Chaque individu, et l'individu seulement, a la capacité du droit.

A la vérité, le droit positif, et cela est déjà impliqué dans la formule qui précède, peut modifier doublement l'idée primitive de personne, la restreindre ou l'étendre. Il peut, en effet, refuser à certains individus la capacité du droit en totalité ou en partie; il peut, en outre, transporter la capacité du droit hors de l'individu, et créer artificiellement une personne juridique.

(*a*) L. 2 de statu hom. (1, 5) : « Cum igitur *hominum causa* « *omne jus constitutum* sit; primo de personarum statu dice- « mus. »

Je commencerai par déterminer dans ce chapitre l'idée primitive ou naturelle de personne, j'exposerai ensuite la double modification que le droit positif lui a fait subir.

Enfin, j'expliquerai les diverses manières dont le rapport individuel de droit se rattache aux personnes déterminées.

§ LXI. *Limites de la capacité naturelle.* I. *Son commencement.*

La capacité naturelle commence au moment de la naissance, c'est-à-dire au moment où une créature humaine est complétement séparée de sa mère.

J'envisage maintenant la naissance sous son aspect le plus important, comme condition de la capacité qui commence pour le nouveau-né lui-même. Voici, en droit privé, les principaux effets qui résultent de la naissance, alors même que la mort arriverait immédiatement : 1° Le testament antérieur du père où il n'est pas fait mention de l'enfant est annulé; 2° la succession *ab intestat* du père décédé avant la naissance est acquise à l'enfant au moment même où il naît. Sous ce double point de vue, il importe de distinguer exactement la naissance réelle et complète de la naissance apparente. Dans ces premiers moments, d'autres droits pourraient

difficilement s'ouvrir pour le nouveau-né, et, s'ils s'ouvrent plus tard, il n'y a pas alors de doute sur l'existence de l'enfant comme créature humaine.

Indépendamment de la capacité de l'enfant, la distinction entre la naissance véritable et la naissance apparente avait, dans l'ancien droit romain, un grand intérêt pour la mère, à cause des avantages attachés à la procréation des enfants. Ces avantages étaient de deux espèces : les uns constituaient une faveur par exception aux règles générales du droit (*a*); les autres affranchissaient la mère de certains préjudices de la loi. Ceux-là nous apparaissent comme des priviléges attachés à la procréation des enfants, ceux-ci comme exemptions des peines prononcées contre la stérilité. Parmi les priviléges, on peut citer le droit de succéder aux enfants d'après le sénatus-consulte Tertullien : c'était une dérogation au régime de la succession *ab intestat*, et la mère ne jouissait de cette faveur que si elle avait eu trois enfants, et une affranchie quatre (*b*); le droit de cité acquis à la *Latina* mère de trois enfants (*c*); enfin l'affranchissement de la tutelle établie pour la femme, à raison

(*a*) C'est là une des matières du *jus singulare* défini § 16.
(*b*) § 2, 4, J. de Sc. Tertull. (III, 3). Paulus, IV, 9, § 1.
(*c*) Ulpian., III, § 1, d'après un sénatus-consulte.

de son sexe (*d*). Parmi les exemptions de peines, figure la règle importante d'après laquelle une femme née libre, mère de trois enfants, et une affranchie, mère de quatre enfants, pouvaient recueillir les successions testamentaires. C'était là l'exemption d'une peine; car avant la loi *Julia* la capacité des femmes n'était en cette matière soumise à aucune restriction.

On pourrait croire que les conditions de la naissance véritable étaient toujours les mêmes, quant à ses divers effets; mais, en réalité, les conditions étaient moins rigoureuses, s'il s'agissait de l'exemption des peines, que s'il s'agissait de priviléges ou de la capacité de l'enfant. Cela vient sans doute de ce que ces peines avaient, en général, un caractère odieux, et on cherchait à les restreindre autant que le permettaient les termes de la loi.

Ce préliminaire était indispensable avant de passer à l'analyse des conditions essentielles de

(*d*) Gaius, I, § 194, 195. — Ulpian., XXIX, § 3. — Plusieurs cas de ces exemptions et priviléges ne doivent pas trouver place ici, car ils supposent que l'enfant est vivant, ou du moins a assez vécu pour qu'il n'y ait aucun doute sur le caractère de sa naissance. Cf. pr. J. de excus. (I, 25), Ulpian., III, § 3; XV, XVI, § 1. Pour le père, cette question se présente fort rarement, et a dès lors bien moins d'importance que pour la mère. Voici par rapport au père un exemple de son application, Ulpian., XV, « et *quandoque liberos habuerint*, ejusdem partis proprietatem. »

la naissance véritable : 1° il faut que l'enfant soit séparé de sa mère; 2° séparé complétement; 3° il faut qu'il vive après cette séparation complète; 4° l'enfant doit être une créature humaine.

1° Il faut que l'enfant soit séparé de la mère, et ait existé hors de la matrice. Les moyens employés pour parvenir à cette séparation sont indifférents. Ainsi donc, en droit, on ne distingue pas la naissance naturelle de celle obtenue par une opération chirurgicale (*e*). Et même une

(*e*) Quant aux droits de l'enfant, cela est hors de doute, L. 12, pr. de liberis (XXVIII, 2). « Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe etsi exsecto ventre editus sit : *nam et hic rumpit testamentum*, scilicet si nascatur in potestate. » L. 6, pr. de inoff. (V, 2), L. 1, § 5, ad sc. Tertull. (XXXVIII, 17). — Mais la naissance de l'enfant profite-t-elle à la mère? Ulpien répond affirmativement; L. 141, de V. S. (L. 16) : « Etiam ea mulier, cum moreretur, creditur filium habere, quæ exciso utero edere possit. » Paul répond négativement; L. 132, § 1, de V. S. : Falsum « est eam peperisse, cui mortuæ filius exsectus est. » Ulpien avait sans doute en vue les exemptions de peines : si, par exemple, une femme déjà mère de deux enfants entre en jouissance d'une succession testamentaire, et que, morte en couche, on pratique sur elle l'opération césarienne, la succession se trouve valablement acquise à la mère par la naissance de ce troisième enfant. Paul, au contraire, avait en vue les priviléges. Ainsi, par exemple, la femme *latina*, devenue après sa mort mère d'un troisième enfant, n'a pas acquis le droit de cité, et ne laisse pas d'héritiers. On a essayé de lever la difficulté en combinant la L. 141 cit. avec les L. 51, § 1, L. 52

loi des anciens rois ordonne expressément qu'après la mort d'une femme grosse, son corps soit ouvert, afin de sauver, s'il est possible, la vie de l'enfant (*f*). 2° La séparation doit être complète (*g*). 3° Il faut que l'enfant vive après la séparation (*h*). Si donc pendant une délivrance laborieuse l'enfant donne signe de vie, mais meurt avant d'avoir été complétement séparé de la mère, il n'a jamais eu la capacité du droit. On doit en dire autant, et à plus forte raison, si l'enfant était mort avant la naissance commencée, soit que la mère ait accouché

de leg. (XXXI, un.), et L. 61, de cond. (XXXV, 1). Ce moyen me paraît forcé, mais nullement inadmissible. — Voy. surtout Schulting, Notæ ad Digesta, in L. 141 cit. — Pour l'interprétation de ces textes et d'autres semblables, les auteurs attachent une importance exagérée à la circonstance que tous ces fragments sont empruntés à des commentaires sur la loi Julia : dès lors ils appliquent ces textes à des cas prévus par la loi Julia, et ils tâchent de les déterminer. Cette méthode me semble vicieuse à plus d'un titre. D'abord, nous savons très-peu de chose sur le contenu de la loi Julia ; ensuite, les anciens commentateurs pouvaient très-bien, à l'occasion d'une disposition de la loi Julia, examiner d'autres cas analogues.

(*f*) L. 2, de mortuo infer. (XI, 8).

(*g*) L. 3, C. de posthumis (VI, 29) : « *perfecte* natus......... « ad orbem *totus processit.* »

(*h*) L. 3, C. de posthumis (VI, 29) : « *vivus* . . . . natus est. » — Paulus, IV, 9, § 1 : « *vivos* pariant. » Dans ce dernier texte il n'est pas question de la capacité de l'enfant, mais d'un privilége de la mère.

avant le temps (*abortus*) (*i*), soit qu'ayant amené l'enfant à terme, il soit mort dans la matrice (*k*). — Il faut que la vie soit reconnue certaine, peu importe à quels signes. Anciennement, plusieurs jurisconsultes regardaient comme une condition indispensable que l'enfant eût crié; mais Justinien a condamné formellement cette opinion (*l*). La durée de la vie est aussi chose indifférente, et l'enfant a la capacité du droit, quoiqu'il meure immédiatement après sa naissance (*m*).

4° Enfin, pour avoir la capacité du droit, l'en-

(*i*) L. 2, C. de posthumis (VI, 29) : « Uxoris *abortu* testamentum mariti non solvi. »

(*k*) L. 129, de V. S. (L. 16) : « Qui *mortui nascuntur*, neque « nati, neque procreati videntur : quia nunquam liberi ap- « pellari potuerunt. » Ce principe s'applique, évidemment, tant à la capacité de l'enfant qu'aux priviléges de la mère, par exemple au droit de succéder d'après le sénatus-consulte Tertullien (Paulus, IV, 9, § 1) : l'inscription de ce texte (Paulus, lib. 1, ad L. Jul. et Pap.) ne nous permet pas de déterminer lequel de ces deux cas avait en vue le jurisconsulte (note *e*). Mais ce principe ne s'applique évidemment pas aux peines prononcées contre les femmes sans enfants; c'est ce que je montrerai, après avoir parlé des caractères essentiels qui constituent une créature humaine (note *s*).

(*l*) L. 3, C. de posthumis (VI, 29).

(*m*) L. 3, C. de posthumis (VI, 29) : « licet illico postquam « in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit. » L. 2, C. eod.

fant doit présenter les signes caractéristiques de l'humanité extérieurement appréciables. Il ne doit être, suivant l'expression des Romains, ni un *monstrum,* ni un *prodigium* (*n*). Cette condition est exigée pour la capacité de l'enfant et pour l'obtention des priviléges, non pour l'exemption des peines; distinction qui lève les contradictions apparentes des sources. — Cette règle est formellement exprimée au sujet de la capacité de l'enfant, et d'un privilége très-important, celui établi par le sénatus-consulte Tertullien (*o*); mais on ajoute qu'une simple déviation des formes normales de l'humanité, par exemple un membre de plus ou un membre de moins, ne fait pas obstacle à la capacité ou au privilége (*p*). Les textes ne nous disent pas à quels signes on reconnaît une créature humaine; mais si nous jugeons par voie d'analogie, il paraît

(*n*) L. 3, C. de posthumis (VI, 29) : « ad nullun declinans « monstrum vel prodigium. »

(*o*) Paulus, IV, 9, § 3; L. 14, de statu hom. (I, 5), tirée de Paulus, lib. 4, sentent. Ces deux textes sont identiques; mais le fragment de Paul, en passant dans le Digeste, a perdu son ancienne signification pratique, et, d'après les principes du droit Justinien, il concerne la capacité de l'enfant.

(*p*) Membres de trop. Paulus, IV, 9, § 3, L. 14, de statu hom. (I, 5). — Membres de moins. L. 12, § 1, de liberis (XXVIII, 2) : « Si non integrum animal editum sit, cum « spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et hoc

que la tête doit présenter les formes de l'humanité (*q*). — Si, au contraire, il s'agit de l'exemption des peines, on adopte un système d'interprétation favorable à la mère, et l'enfant monstrueux lui est compté, parce qu'elle est innocente de cette monstruosité (*r*). D'après ce principe et la similitude des cas, les enfants mort-nés comptent évidemment à la mère pour l'exemption des peines (*s*).

« tamen rumpit. » L'expression *ostentum* comprend à la fois ces différents cas et celui du *monstrum*, L. 38, de V. S. (L. 16).

(*q*) L. 44, pr. de relig. (XI, 7) : « Cum in diversis locis « sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia « una sepultura plura sepulcra efficere non potest : mihi « autem videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est princi- « pale, conditum est, *id est caput, cujus imago fit, unde co- « gnoscimur.* »

(*r*) L. 135, de V. S. (L. 16) (Ulpian., lib. 4, ad L. Jul. et Pap.) : « . . . Et magis est, ut hæc quoque *parentibus prosint :* « nec enim quod eis imputetur, quæ, qualiter potuerunt, « statutis obtemperaverunt, neque id, quod fataliter accessit, « matri damnum injungere debet. » Après le mot *prosint*, il faut sous-entendre : *ad legum pœnas evitandas.* Ce moyen si naturel d'expliquer cette contradiction apparente est depuis longtemps adopté. Eckhard, Hermeneut., § 199, ibique Walch.

(*s*) Voy. plus haut note *k*. — Ainsi encore la naissance de trois jumeaux suffit pour l'exemption des peines (L. 137, de V. S. Paulus, lib. 2, ad L. Jul. et Pap.), tandis que, pour être admis au bénéfice du sénatus-consulte Tertullien, il faut que la mère ait accouché trois fois. Paulus, IV, 9, § 1, 2, 8.

Ces quatre conditions sont les seules exigées par notre droit positif pour la capacité naturelle. Les juriconsultes modernes en ajoutent souvent une cinquième, la viabilité. Par là ils entendent qu'un enfant né avant terme et mourant presque immédiatement n'a jamais eu la capacité du droit, si sa naissance prématurée ne permettait pas d'espérer qu'il vivrait; mais cette opinion est dénuée de fondement, et on doit poser en principe que l'enfant, une fois né, a la capacité du droit la plus complète, quand bien même il mourrait aussitôt après sa naissance, et quelle que soit la cause de sa mort (*t*).

§ LXII. *Limites de la capacité naturelle.* I. *Son commencement.* (Suite.)

La capacité naturelle commence à l'instant de la naissance complète; mais, antérieurement à la naissance, s'écoule un laps de temps assez long, pendant lequel l'enfant vit déjà, mais non de sa vie propre, d'une vie dépendante et intimement liée à celle de la mère. Comment le droit envisage-t-il cette vie préparatoire? Quels sont en cette matière les véritables principes?

(*t*) Cette question est traitée avec détails dans l'appendice III.

Plusieurs textes de droit romain disent formellement que, pendant la gestation, l'enfant n'est pas encore une créature humaine, qu'il n'a pas d'existence propre, et qu'il doit être considéré comme faisant partie de la mère (*a*). D'autres textes, au contraire, l'assimilent à l'enfant déjà né (*b*). Cette dernière règle, examinée de plus près, dissipe cette apparence de contradiction.

La première règle exprime la réalité des choses dans leur état présent, la seconde est une simple fiction qui ne trouve à s'appliquer que dans d'étroites limites et à un certain ordre de faits spécialement déterminé. Si donc, posant la question d'une manière générale, l'on demande quelle est la capacité de l'enfant avant sa naissance, la solution n'est pas douteuse. L'enfant n'a aucune capacité; car il ne peut avoir ni propriété, ni créances, ni dettes; ce n'est pas une personne

(*a*) L. 9, § 1, ad L. Falc. (XXXV, 2) : « . . . partus nondum « editus homo non recte fuisse dicitur. » — L. 1, § 1, de inspic. ventre (XXV, 4) : « . . . partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum. »

(*b*) L. 26, de statu hom. (I, 5) : « Qui in utero sunt, in toto « pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse. » — L. 231, de V. S. (L. 16) : « Quod dicitur, *eum, qui nasci speratur,* « *pro superstite esse*, tunc verum est, cum de ipsius jure quæ- « ritur : aliis autem non prodest nisi natus. » — Les auteurs modernes expriment ainsi ce principe : Nasciturus habetur pro nato:

dont la représentation soit nécessaire ou possible : aussi n'a-t-il pas de tuteur, aussi ne l'appelle-t-on pas pupille (*c*). — La fiction au contraire s'occupe de la vie à venir pour l'enfant, et s'en occupe sous un double rapport. Elle la protége par la sanction des lois; elle signale les droits qui peuvent s'ouvrir pour lui au moment de sa naissance. Ainsi, la fiction, uniquement établie dans l'intérêt de l'enfant, ne profite qu'à lui seul (*d*).

La vie de l'enfant est protégée tant par des lois pénales que par des lois de police. Les lois pénales atteignent la mère qui se fait avorter (*e*), et ceux qui lui en procurent les moyens (*f*). —

(*c*) L. 161, de V. S. (L. 16) : « Non est pupillus qui in utero « est. » — L. 20, pr. de tutor. et curat. (XXVI, 5) : « Ventri « tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator « potest : nam de curatore constituendo edicto comprehensum « est. »

(*d*) L. 231, de V. S. (note *b*). — L. 7, de statu hom. (I, 5) : « Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custo« ditur, quoties de commodis ipsius partus agitur : quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. » — Ainsi, la femme grosse d'un troisième enfant, qui venait à perdre un de ceux déjà nés, n'était pas admise au bénéfice du sénatus-consulte Tertullien, tandis qu'elle l'eût été si l'enfant à naître eût compté comme vivant.

(*e*) L. 4, de extr. crim. (XLVII, 11). — L. 8, ad L. Corn. de sicar. (XLVIII, 8). — L. 39, de pœnis (XLVIII, 19).

(*f*) L. 38, § 5, de pœnis (XLVIII, 19).

Parmi les lois de police, il faut ranger la loi royale qui ordonne, après la mort d'une femme grosse, d'ouvrir son corps pour sauver l'enfant (*g*), et celles qui plus tard ordonnèrent de différer jusqu'après l'accouchement l'exécution d'une femme grosse, ou son application à la torture (*h*).

D'après le plan de cet ouvrage, les prescriptions du droit civil qui garantissent les droits futurs de l'enfant jusqu'au moment de sa naissance doivent surtout nous occuper (*i*). Cette garantie s'applique à l'état de l'enfant et au droit de succession. L'état d'un enfant procréé en légitime mariage se détermine par l'époque de la conception. Dès lors tous les changements d'état que peuvent subir le père ou la mère pendant le temps de la grossesse n'influent pas sur l'état de l'enfant (*k*). Si donc pendant cet intervalle la mère perd la liberté ou le droit de cité, cela n'empêche pas l'enfant de naître citoyen romain, et sous la puissance du père (*l*).

(*g*) L. 2, de mortuo inferendo (XI, 8).

(*h*) L. 18, de statu hom. (I, 5). — L. 3, de pœnis (XLVIII, 19).

(*i*) L. 3, si pars (V, 4) : « Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent. »

(*k*) Gaius, I, § 89-91.

(*l*) L. 18, 26, de statu hom. (I, 5).

De même encore, le fils légitime d'un sénateur jouit de tous les priviléges attachés à ce titre, quand même, avant sa naissance, le père serait mort on eût perdu sa dignité (*m*). — L'état de l'enfant procréé hors d'un légitime mariage se détermine, au contraire, par l'époque de la naissance (*n*); et ici le principe protecteur cesse d'avoir son application. Mais, dans l'intérêt des enfants, s'établit de bonne heure la règle générale que leur état se déterminait par l'époque qui leur était la plus favorable, soit celle de la conception, ou celle de la naissance, ou même une époque intermédiaire (*o*).

L'importance de ce principe se montre surtout en matière d'hérédité. Quand pendant la grossesse s'ouvre une succession à laquelle l'enfant serait appelé s'il était vivant, son droit est réservé jusqu'à sa naissance, et s'exerce alors en son nom (*p*). Cette règle est reconnue par le

(*m*) L. 7, § 1, de senatoribus (I, 9).

(*n*) Gaius, l. c.

(*o*) Pr. J., de ingenuis (I, 4). — Si donc la mère esclave, au moment de la naissance de l'enfant, avait été libre à l'époque de la conception ou dans le temps intermédiaire, l'enfant naissait libre.

(*p*) L. 26, de statu hom. (I, 5). — L. 3, si pars (V, 4). — L. 7, de reb. dub. (XXXIV, 5). — L. 36, de solut. (XLVI, 3). — De même encore, le droit de patronage du père décédé, sans faire partie de l'hérédité proprement dite, étaitassi milé aux droits successifs.

droit civil comme par le droit prétorien, et même le préteur institua à cet effet une *bonorum possessio ventris nomine*, qui permet de prendre sur les biens de la succession les choses nécessaires à l'entretien de la mère, et par conséquent de l'enfant (*q*). — Mais, comme on ignore s'il naîtra un ou plusieurs enfants, on suppose qu'il naîtra trois jumeaux. Cette présomption règle les mesures provisoires à prendre à l'égard des ayants droit déjà nés, nullement la capacité des enfants à naître; aussi, dès que la mère accouche, la présomption cesse d'agir, et la succession est réglée d'après le nombre des héritiers vivants (*r*).

Pour veiller à la conservation des droits futurs de l'enfant, le préteur nomme un curateur spécial; car, en pareil cas, comme je l'ai dit plus haut, il ne peut être question de tuteur (*s*).

(*q*) Tit. Dig., de ventre in poss. mittendo et curatore ejus (XXXVII, 9).

(*r*) L. 3, 4, si pars (V, 4). L. 7, pr. de reb. dub. (XXXIV, 5). L. 36, de solut. (XLVI, 3). — La pratique des Romains finit par s'arrêter à cette règle raisonnable, après beaucoup d'incertitudes occasionnées en partie par des relations mensongères. L'exemple d'une femme qui, sous le règne d'Hadrien, accoucha de cinq enfants, attira surtout l'attention, et pendant longtemps on hésita entre la présomption de trois ou de cinq jumeaux.

(*s*) L. 29, de tutor. et cur, (note *c*). — Tit. Dig., de ventre in poss. (note *q*).

§ LXIII. *Limites de la capacité naturelle*. II. *Sa fin.*

La mort, considérée comme terme de la capacité naturelle, est un fait tellement simple, qu'il n'y a pas lieu, comme pour la naissance, d'en déterminer les éléments constitutifs. Seulement, la difficulté de sa preuve a fait naître quelques règles de droit positif.

Cette difficulté se montre le plus souvent par suite des événements de la guerre, et dans les temps modernes elle a été prévue par les lois de différents peuples. Le droit romain ne renferme là-dessus aucunes dispositions spéciales, et dans le droit commun de l'Allemagne il n'existe pas de coutume qui supplée à ce silence du droit romain.

Indépendamment de ce cas, et dès lors sans distinction de l'état de paix ou de guerre, peut s'élever la question de savoir si un absent — celui qui depuis plusieurs années a quitté son dernier domicile et dont on n'a pas de nouvelles — est mort ou vivant. La question n'a jamais été posée en droit romain sous cette forme générale ; mais il s'est établi sur ce point une coutume qui, depuis plusieurs siècles, peut être regardée comme adoptée généralement. L'absent est présumé mort, s'il s'est écoulé soixante-dix ans depuis sa naissance; présomption fondée

sur ce texte des Psaumes (xc, 10) : *Notre vie dure soixante-dix ans* (*a*). Si l'absent était déjà septuagénaire à l'époque de sa disparition, la présomption de son décès commence après cinq ans (*b*); selon cette règle, l'absent est présumé mourir au moment même où commence la présomption légale de sa mort.

Plusieurs auteurs scindent à tort ces principes, et disent qu'après soixante-dix ans l'absent est présumé mort, mais que la présomption remonte au moment de sa disparition; suivant d'autres auteurs, à l'époque où un curateur est nommé pour l'administration de ses biens (*c*). Quelques-uns prétendent, au contraire, que la présomption de la mort ne commence pas après soixante-dix ans écoulés depuis la naissance de l'absent, mais seulement lorsqu'un acte judiciaire a déclaré la mort : autrement, disent-ils, les citations usitées en pareil cas n'auraient aucun objet, et même seraient absurdes. Mais les

(*a*) Lauterbach, V, 3, § 24; Leyser, Spec. 96; Glück, vol. VII, § 562; vol. XXXIII, § 1397 c.; Hofacker, vol. II, § 1682; Heise et Cropp, Juristische Abhandlungen, vol. II, Num. IV (p. 118). — Ces auteurs citent un grand nombre d'ouvrages tant anciens que modernes.

(*b*) Glück passim.

(*c*) Glück, Heise et Cropp passim. — La question se présente surtout au sujet de la succession de l'absent. Dans la doctrine que j'adopte, la succession est appelée *successio ex nunc; successio ex tunc* dans la doctrine que je combats.

citations sont faites dans le but de remplacer, s'il est possible, la présomption par la vérité; et, suivant les résultats obtenus, la vérité reprend son empire, ou la présomption produit tous ses effets. Le jugement est simplement déclaratif et ne touche pas au rapport de droit; il constate que le terme de soixante-dix ans est accompli, et que les citations sont demeurées sans réponse. Ouvrir la succession au jour de la déclaration de décès, faire dépendre la qualité d'héritier d'un retard accidentel ou calculé d'avance, serait une doctrine arbitraire et sans fondement (*d*). — La présomption de mort après soixante-dix ans s'applique aussi aux militaires absents, d'après le droit commun de l'Allemagne.

Le cas suivant est le seul que le droit romain ait spécialement prévu. On peut avoir la certitude qne deux personnes sont mortes, et mortes le même jour, sans que l'on sache si l'une a survécu à l'autre, et cela présente quelquefois un grand intérêt, surtout en matière de succes-

(*d*) Pour mon opinion, voy. Glück et Heise passim; Mittermaier, Deutsches Privatrecht, § 448, 5e éd. : pour l'opinion contraire, Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 237, 4e éd.; Vangerow, Pandekten, I, p. 57. — Le code prussien, II, 18, § 835, admet la déclaration judiciaire, mais pour le cas seulement où il n'y aurait pas soixante-dix ans révolus depuis la naissance de l'absent. Ce terme une fois atteint, la déclaration de décès devient superflue. Code prussien, I, 1, § 38.

sion. Ainsi l'une peut être morte après ou avant l'autre, ou bien enfin elles ont pu mourir en même temps. Si ces trois cas sont également incertains, et qu'elles aient péri dans un même événement, une bataille, un naufrage, l'écroulement d'une maison, etc., le droit romain établit des présomptions légales qui tiennent lieu de preuve.

1° La présomption générale est que tous deux ont péri au même moment (*e*).

2° Cette règle souffre exception dans le cas où un enfant périt avec son père ou avec sa mère. Si l'enfant est impubère, il est présumé mort le premier, ce qui dans les deux cas exclut la présomption de simultanéité (*f*).

3° Cette exception est elle-même soumise à deux restrictions spéciales.

A. Quand un affranchi périt avec son fils, la règle générale reprend son empire, tous deux sont présumés morts en même temps, et la

(*e*) L. 9, pr., § 3; L. 16, 17, 18, de reb. dub. (XXXIV, 5). — L. 34, ad Sc. Trebell. (XXXVI, 1). — L. 32, § 14, de don. int. vir. (XXIV, 1). — L. 26, de mortis causa don. (XXXIX, 6).

(*f*) L. 9, § 1, 4, de reb. dub. (XXXIV, 5), touchant le père. — L. 22, 23, eod.; L. 26, pr. de pactis dotal. (XXIII, 4), touchant la mère. — La L. 9, § 1, cit., parle du cas où le père et le fils meurent ensemble à l'armée, ce qui implique la puberté du fils.

présomption de survie n'est pas admise, même pour le fils pubère. Cela fut établi pour favoriser le patron, dont les droits successifs seraient moindres si l'on venait à prouver que le fils a survécu (*g*).

B. Il faut en dire autant pour le cas où un testateur a grevé son héritier d'un fidéicommis avec la condition : « *si sine liberis decesserit.* » Si donc l'héritier périt dans un naufrage avec son propre fils unique, même pubère, on présume que tous deux ont péri simultanément; dès lors le fils n'a pas survécu à son père, et le fidéicommis est dû; car la condition imposée par le testateur, si mon héritier meurt sans enfants, se trouve accomplie en vertu de la présomption légale (*h*).

(*g*) L. 9, § 2, de reb. dub. (XXXIV, 5) : « . . . . hoc enim « reverentia patronatus suggerente dicimus. » Ainsi donc le caractère exceptionnel de cette décision se trouve formellement exprimé.

(*h*) L. 17, § 7, ad Sc. Treb. (XXXVI. 1). — Toute cette question est développée avec beaucoup de sagacité dans Mühlenbruch, Archiv., vol. IV, num. 27 (Cf. doctrina Pandectarum, § 185). Voici en quoi sa doctrine diffère de la mienne. Suivant lui, l'antériorité du décès de l'impubère est une présomption générale fondée sur les chances de mortalité naturelles à cet âge, et dès lors elle doit s'appliquer vis-à-vis d'autres personnes que les parents, et hors du cas de mort violente dans un même événement. — Ainsi Mühlenbruch regarde les deux présomptions exceptionnelles (pour



§ LXIV. *Rectrictions apportées à la capacité du droit.*

INTRODUCTION.

Je vais maintenant énumérer les restrictions apportées par le droit positif des Romains à la capacité naturelle innée chez tous les hommes. Le sens de ces restrictions est d'établir pour certains individus une incapacité totale ou partielle. Afin de comprendre sous une même expression ces différents degrés, on peut considérer l'état de ces individus comme une diminution de capacité, ce qui embrasse aussi la privation complète.

Le droit romain reconnait trois degrés dans cette diminution : la privation de la liberté, la privation du droit de cité, et la dépendance au sein de la famille. Dès lors il existe entre les hommes trois classes de distinctions :

1° *Liberi, servi;* les *liberi* se subdivisent en *ingenui* et *libertini.*

2° *Cives, Latini, peregrini.*

3° *Sui juris, alieni juris.*

les pubères et les impubères) comme n'ayant pas la même nature et reposant sur deux principes tout à fait différents. Mais une étude impartiale des sources nous montre, au contraire, que les deux présomptions ont une nature identique et sont restreintes au cas où les parents et les enfants périssent dans un même événement. Cf. Vangerow, Pandekten, I, p. 58.

Le caractère propre de ce genre de distinctions des hommes n'est pas de dominer toutes les autres par sa généralité ou son importance, mais de régler les différents degrés de capacité appartenant à chacun, et en cela ces trois classes de distinctions occupent une place à part, et ne peuvent se comparer à aucune autre.

Cette doctrine a sa base dans le droit primitif des Romains; et quoique, en traversant les siècles, elle ait subi bien des modifications, ses traits caractéristiques ne se sont jamais effacés et se retrouvent de toutes parts dans le droit Justinien. Aussi son étude approfondie est pour nous d'une grande importance, je dirai même une nécessité, non pas que nous ayons à y trouver beaucoup d'objets d'une application directe, mais par deux motifs dont chacun réagit sur l'autre. En effet, celui-là seul a l'intelligence du droit romain, qui s'est approprié cette doctrine dans son ensemble, de manière à l'avoir présente toutes les fois qu'un texte s'y rapporte. Il nous est si difficile d'échapper à cette conviction, que de nos jours les jurisconsultes qui dédaignent l'histoire du droit, et regardent la pratique comme le seul objet digne de leurs efforts, ne laissent pas eux-mêmes de mentionner dans leurs ouvrages cette doctrine et la phraséologie qui s'y rattache; mais ils expient leurs préventions exclusives, et le sujet qu'ils ont négligé

d'approfondir devient pour eux une source féconde d'erreurs. Les fausses doctrines engendrées par la doctrine mal comprise de la capacité sont chez les auteurs plus répandues, plus enracinées, qu'on ne pourrait le croire; et les législations modernes n'en sont pas exemptes. Comment nous soustraire à l'empire de ces fausses doctrines, sinon en substituant un exposé original et fidèle à ces traditions inexactes? Tel est le second motif qui nous fait une loi d'approfondir cette matière de l'ancien droit romain.

Pour échapper aux influences funestes que je viens de signaler, je commencerai par faire abstraction des méthodes suivies jusqu'alors, évitant même d'employer aucune expression technique propre ou impropre, et j'établirai les règles pures du droit telles que les sources nous les donnent, ce qui nous permettra de fixer ensuite avec critique la phraséologie. Les auteurs modernes ont coutume de désigner les trois classes de distinctions entre les hommes par ces termes techniques : *Status libertatis, civitatis, familiæ*. Les principes et les règles de la matière une fois mis hors de doute, nous pourrons alors apprécier ce qu'il y a sous ces termes de vrai ou de faux. A ces trois distinctions répond évidemment une triple *capitis deminutio,* si uniformément, si souvent reproduite dans les anciens jurisconsultes, qu'il faut y reconnaître les

idées et le langage du droit primitif. Mais la relation existant entre ces trois objets de la diminution de capacité et la triple *capitis deminutio* trouvera sa place dans notre recherche, l'une des plus difficiles que présente l'histoire du droit. Les règles du droit dont nous nous occupons ici concernent les divers degrés de la capacité du droit. Pour embrasser dans leur ensemble les règles qu'il s'agit d'établir, il faut se reporter à deux sujets traités plus haut, dont l'un est la distinction entre le *jus civile* et le *jus gentium* (§ 22). La diminution de la capacité se rattache tantôt exclusivement au droit civil le plus saillant et le plus essentiel, tantôt au droit civil et au droit des gens. — Ensuite la capacité et sa diminution peuvent se rattacher à chacune des différentes classes de rapports de droit énumérés (§ 53-57), ce qui entraîne une foule de détails difficiles à saisir. Mais, en droit romain, deux idées fondamentales, très-anciennement établies et traduites par les mots techniques *connubium* et *commercium*, facilitent beaucoup l'appréciation générale de la capacité à ses différents degrés.

Connubium désigne la capacité de contracter un mariage romain, tant absolue que relative, c'est-à-dire la capacité de l'individu vis-à-vis de tous, ou seulement de certaines personnes (*a*).

(*a*) Ulpian., Tit. 5, § 3; Cf., § 4, 5, 6, 8.

Et comme d'un semblable mariage dérive la puissance paternelle, de la puissance paternelle la parenté romaine, et de la parenté romaine l'ancienne succession *ab intestat*, on voit l'importance de cette expression technique : le *connubium* reconnu ou dénié affecte une grande partie de la capacité de l'individu. De même *commercium*, dans l'acception propre du mot, désigne la capacité d'acheter et de vendre ; et, dans son acception technique, la capacité du contrat symbolique appelé mancipation (*b*). Or, la mancipation n'ayant de sens que comme la forme la plus ancienne et la plus usuelle de l'aliénation des biens, à la mancipation se rattachent la propriété parfaite, la *in jure cessio*, l'usucapion et la revendication rigoureuse. Les conséquences plus éloignées dérivant de la mancipation sont : le droit aux servitudes qui rentrent comme la propriété dans le *jus Quiritium*, la capacité de certaines obligations (*c*), enfin la *testamentifactio*, qui comprend la capacité de faire un testament ou un codicille, d'être nommé héritier, légataire ou fidéicommissaire, d'être témoin d'un acte de dernière volonté (*d*).

(*b*) Ulpian., Tit. 19, § 4, 5.

(*c*) Gaius, III, § 93, 94.

(*d*) Ulpian., Tit. 20, § 8, 14; Tit. 22, § 1, 2; Tit. 25, § 4, 6. — Gaius, II, § 285. — L. 3, 8, 9, 11, 13, 19, qui test. (XXVIII, 1). — L. 6, § 3; L. 8, § 2, de j. codic. (XXIX, 7).

Ainsi ces deux expressions techniques embrassent la plus grande partie et la plus importante de la capacité du droit en général (*e*). Mais tout ce qui précède n'est vrai que sauf une restriction essentielle. La capacité reconnue ou déniée en ces termes à une personne touche uniquement les institutions du *jus civile*; elle est étrangère au domaine du *jus gentium*. Ainsi donc, celui auquel on refuse le *connubium* peut très-bien avoir la capacité du mariage et de la parenté d'après le *jus gentium*, de même que l'exclusion du *commercium* n'entraîne nullement l'incapacité de la propriété d'après le *jus gentium* (*f*).

— L. 49, § 1, de her. inst. (XXVIII, 5). — § 24, J. de legatis (II, 20). — L. 18, pr. qui test. (XXVIII, 1); § 6, J. de test. ord. (II, 10).

(*e*) On peut dire en général que le *connubium* répond à la capacité pour la famille, le *commercium* à la capacité pour les biens. Seulement on ne doit pas oublier que les rapports de famille, artificiels dans leurs parties qui se rattachent aux biens (§ 57), participent à la nature des biens, non à celle de la famille. Ainsi, par exemple, le *Latinus* avait le *commercium* sans le *connubium* (§ 66), et néanmoins il pouvait être propriétaire d'un esclave, d'un mancipium, exercer les droits de patronage, recevoir la tutelle testamentaire ou dative, et avoir des colons sous sa dépendance.

(*f*) L'application pratique pour les différentes classes de rapports de droit s'est développée d'une manière très-inégale suivant la nature des besoins. Les *cives* et les *Latini* étaient seuls capables de la propriété romaine. Ce principe subsista comme règle jusqu'à Justinien qui l'abolit; mais la

§ LXV. *Restrictions de la capacité*. I. *Défaut de liberté.*

Tous les hommes, disent les Romains, sont libres ou esclaves (*aut liberi aut servi*). Je n'envisage ici cette division que par rapport à son immense influence sur la capacité du droit (*a*).

distinction de la propriété romaine et de la propriété naturelle avait depuis longtemps perdu son importance. En matière d'obligations, l'extension du commerce introduisit de bonne heure l'égalité entre les différentes classes, et le souvenir des rigueurs de l'ancien droit ne se conserva plus que dans un petit nombre de cas (note *c*), et dans une formalité de procédure (Gaius, IV, § 37). La pureté du droit se maintint surtout pour les testaments, parce qu'ici la liberté du commerce n'exigeait pas la modification des anciennes règles, et le principe primitif est passé sans altération dans la législation Justinienne (note *d*).

(*a*) Le droit des esclaves présente plusieurs faces importantes qui, d'après le plan de mon ouvrage, s'en trouvent naturellement exclues. La détermination rigoureuse du rapport de droit, de son contenu et de ses limites, ailleurs si essentielle, offre ici beaucoup moins d'intérêt; car l'autorité absolue du maître rend cette délimitation superflue. Mais il importe de préciser l'origine du rapport de droit, et voici les principes fondamentaux en cette matière. L'esclavage est régulièrement déterminé par la naissance : l'enfant est libre ou esclave selon que sa mère est libre ou esclave. L'homme libre peut devenir esclave s'il est fait prisonnier de guerre, ou bien s'il encourt certaines condamnations. Mais il ne peut aliéner volontairement sa liberté, c'est-à-dire par un contrat.

En effet, l'esclave est frappé d'une incapacité générale, non-seulement quant aux institutions du droit civil proprement dit, mais quant à celles du droit prétorien et du *jus gentium* (*b*).

(*b*) L. 20, § 7, qui testam. (XXVIII, 1) : « Servus quoque « merito ad solemnia adhiberi non potest, *cum juris civilis « communionem non habeat in totum*, *ne Prætoris quidem « edicti.* » — L. 32, de R. J (L. 17) : « *Quod attinet ad jus « civile, servi pro nullis habentur :* non tamen et jure naturali, « quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales « sunt. » Sur le sens des mots *jus naturale* employés par Ulpien dans ce dernier texte, voyez l'appendice II. — Ces deux textes ne parlent pas du *jus gentium*, mais, d'après les applications non contestées qu'ils font du principe, on voit que l'esclave n'avait pas la jouissance de ce droit. Pour éviter toute méprise, j'ajoute ici quelques observations. Les jurisconsultes romains s'accordent à attribuer au *jus gentium* l'origine de l'esclavage (L. 4, de just. et jure, L. 1, § 1, de his qui sui. Gaius, I, § 52); ils rapportent vraisemblablement la représentation du maître par l'esclave, non au *jus gentium*, mais au *jus civile* (Recht des Besitzes, § 7, p. 82, 6e éd.). Quant à l'incapacité, les témoignages nous manquent; mais il me semble plus naturel de la rapporter comme la représentation du maître au *jus civile*, surtout à cause des nombreuses modifications, toutes de droit positif, que nous verrons introduites en cette matière. Si tel était réellement le point de vue des Romains, l'extension au *jus gentium* de cette incapacité prononcée par le *jus civile* ne saurait être taxée d'inconséquence, et nous ne devons pas nous étonner que, par exemple, l'esclave fût incapable d'une parenté même naturelle. Cette doctrine est confirmée par la nature générale du *jus gentium* (§ 22), et par plusieurs analogies non douteuses. C'est ainsi qu'un mariage contracté contre les prescriptions du *jus civile* était absolument nul, et n'était

Ainsi, sans parler du *connubium*, du *commercium*, de la propriété romaine, il n'y a pour l'esclave ni mariage, ni parenté (*c*), ni propriété même naturelle. D'un autre côté, comme, par suite de la *potestas*, l'esclave peut acquérir et acquiert forcément pour son maître toute espèce de propriété, il semblerait que l'incapacité de l'esclave dérive de cette représentation forcée, par conséquent de la *potestas*. Ainsi s'expliqueraient d'une manière satisfaisante diverses applications de l'incapacité; comment, par exemple, l'esclave acquiert des droits pour son maître au moyen de la mancipation ou de la stipulation, et ne devient lui-même ni propriétaire ni créancier. Néanmoins cette déduction ne saurait être admise, car l'incapacité s'étend bien plus loin que la représentation, et dès lors a une nature propre et individuelle, qui se montre sous une double face. La représentation, restreinte au droit des biens, n'empêcherait pas l'esclave de

pas même valable comme contracté d'après le *jus gentium* (§ 12, J. de nuptiis, I, 10).

(*c*) L. 1, § 2, unde cogn. (XXXVIII, 8) : « . . . nec enim « facile ulla servilis videtur esse cognatio. » — L. 10, § 5, de gradibus (XXXVIII, 10) : « Ad leges serviles cognationes « non pertinent. » (Paul avait dit auparavant que le langage usuel admettait la parenté des esclaves.) — Justinien a le premier modifié les effets de cette incapacité relativement aux successions ouvertes après l'affranchissement. § 10, J. de grad. cogn. (III, 6).

contracter mariage, d'avoir une parenté, et cependant il en est incapable. Ensuite il y a des esclaves sans maître, indépendants de toute *potestas*, ne représentant aucun homme libre, et cependant leur incapacité est la même que celle des autres esclaves (*d*).

D'après la phraséologie adoptée par les jurisconsultes modernes, on pourrait croire que l'incapacité complète de l'esclave lui faisait refuser le titre de *persona*, et que ce titre était réservé pour les hommes ayant la capacité du droit. Mais les Romains appliquent ordinairement la dénomination de *persona* à tous les individus sans distinction, et nommément aux esclaves (*e*).

Je passe aux exceptions peu nombreuses qui restreignent l'incapacité de l'esclave (*f*). La plus

(*d*) Voy. sur cette matière, § 55, note *a*. L'incapacité des esclaves sans maître est surtout prononcée formellement par la L. 36, de stip. serv. (XLV, 3).

(*e*) L. 215, de V. S. (L. 16) : « . . . in persona servi dominium. » — L. 22, pr. de R. J. (L. 17) : « In personam servilem nulla cadit obligatio. » — L. 6, § 2, de usufr. (VII, 1). — Gaius, I, § 120, 121, 123, 139. — Plus tard seulement ce titre a été refusé aux esclaves, par exemple dans la Nov. Théod., tit. 17 : « Servos. . . . quasi nec personam habentes. » Cf. Schilling, Institutionen, vol. II, § 24, note *g*.

(*f*) Parmi ces exceptions, il ne faut pas ranger la capacité qu'avait l'esclave de recevoir une mancipation, de stipuler, d'être nommé par testament héritier ou légataire, car alors l'esclave acquiert pour un maître, il agit comme instrument, et son incapacité n'en subsiste pas moins tout entière. — Quant à la fa-

importante consiste dans les prescriptions, tant pénales que de police, qui protégent l'esclave contre l'inhumanité du maître. Cette protection n'existait pas dans l'ancien droit; mais quand la guerre et la conquête eurent accru démesurément le nombre des esclaves, une expérience sanglante montra le danger de traiter impitoyablement cette multitude redoutable. Peu à peu s'établit la règle que le maître trop cruel, non-seulement pouvait être contraint à vendre son esclave, mais encore poursuivi criminellement. Si, par exemple, il tuait son esclave sans motif suffisant, ce meurtre était assimilé au meurtre d'un homme libre (*g*). Quoique ces prescriptions, en mettant des bornes au pouvoir du maître, d'ailleurs illimité, ne donnassent à l'esclave aucuns droits proprement dits, elles produisirent les mêmes effets quant à l'amélioration de son sort.

culté accordée aux esclaves de l'État de disposer par testament de la moitié de leur pécule (Ulpian., XX, § 16), c'était une véritable anomalie tendant à rapprocher ces esclaves de la condition des hommes libres.

(*g*) Gaius, I, § 53. — § 2, J. de his qui sui (I, 8). — L. 1, § 2, L. 2, de his qui sui (I, 6). — L. 1, § 8, de off. præf. urbi (I, 12). — L. 1, § 2, ad L. Corn. de sic. (XLVIII, 8). — L. un. C. de emend. serv. (IX, 14). — Coll. L. L. Mos. et Rom., tit. 3, § 2, 3, 4. — Cf. Zimmern Rechtsgeschichte, I, § 180, où il cite encore d'autres textes. — C'est au même principe que se rapporte la règle de la L. 15, § 35, de injur. (XLVII, 10).

Dans le domaine du droit privé, nous trouvons les exceptions suivantes. On avait égard à la parenté de l'esclave affranchi, quant à certaines prohibitions de mariage (*h*), jamais quant à l'ordre des successions (note *c*); distinction sans doute fondée sur ce que, pour les prohibitions de mariage, la parenté est considérée plutôt comme un rapport moral que comme un rapport de droit. — Relativement à la propriété et aux autres droits réels, nous ne connaissons aucune exception qui restreigne l'incapacité de l'esclave. — En matière d'obligations, comme la plupart des affaires journalières de la vie étaient réglées par des esclaves, qui souvent y figuraient seuls, on se relâcha bientôt de la rigueur des anciens principes; mais les modifications n'étaient possibles que dans de certaines limites. Pendant la durée de l'esclavage, l'esclave était incapable de contracter une *civilis obligatio*, puisqu'il ne pouvait comparaître en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur. Quant à la *naturalis obligatio*, son incapacité n'était pas absolue. Après l'affranchissement, on conçoit des *obligationes civiles* et *naturales*, résultant des actes antérieurs de l'esclave. Voici en réalité quel était l'état du droit.

(*h*) L. 8, L. 14, § 2, 3, de ritu nupt. (XXIII, 2). — § 10, J. de nupt. (I, 10).

I. Régulièrement l'esclave ne pouvait acquérir une créance, car tout ce qu'il acquérait devant appartenir et appartenant effectivement à son maître, il ne pouvait dans aucun cas être lui-même créancier. Par une exception fondée sur le principe, si le maître consentait à devenir débiteur de son esclave, alors naissait une *obligatio*, mais purement *naturalis*. La même décision s'applique par voie de conséquence aux esclaves sans maître.

II. L'esclave pouvait contracter des dettes, et ici le motif qui fondait son incapacité, quant aux créances, ne subsistait plus; car s'il pouvait acquérir à son maître les droits de toute espèce, il ne pouvait jamais l'obliger. Ainsi, l'esclave contractait valablement des dettes, tant vis-à-vis de son maître que vis-à-vis des étrangers. C'était là une *obligatio naturalis* qui continuait de subsister après l'affranchissement. Les délits de l'esclave produisaient tantôt moins d'effets, tantôt plus d'effets que les contrats. Commis envers le maître, ils ne donnaient naissance à aucune obligation; commis envers un étranger, l'obligation qui en résultait pouvait même être poursuivie en justice après l'affranchissement (*i*).

(*i*) Les principaux textes relatifs aux règles que je viens d'établir sont : L. 7, § 18, de pactis (II, 14). — L. 14, de O. et A. (XLIV, 7). — L. 64; L. 13, pr. de cond. indeb. (XII, 6).

Les Romains divisaient les hommes libres en hommes libres et en affranchis, *ingenui et libertini* : cette distinction importante influait-elle sur la capacité du droit? La condition d'affranchi avait sur la capacité une influence réelle, quoique secondaire. Sans doute, la capacité générale de l'affranchi était, comme celle de l'homme libre, déterminée par sa qualité de citoyen, de Latin, ou d'étranger. Il avait ou n'avait pas le *connubium* et le *commercium*, selon qu'il était *civis*, *Latinus* ou *peregrinus*. Ainsi, quant à la capacité, l'homme libre et l'affranchi sont placés sur la même ligne. Néanmoins l'égalité n'était pas parfaite, et la condition de l'affranchi subissait des modifications assez importantes. Le *civis libertinus* avait bien le *connubium*, c'est-à-dire la faculté de contracter un mariage civil, mais sa liberté était restreinte quant au choix du conjoint (*k*).

L. 1, § 18, depositi (XVI, 3). — L. 19, § 4, de don. (XXXIX, 5). — Les jurisconsultes romains ont traité cette matière avec une grande supériorité. On trouvera le développement des principes et l'explication des textes difficiles dans l'appendice IV.

(*k*) Ces restrictions existaient dans l'ancien droit, mais nous n'en connaissons pas exactement les limites. Ainsi, à une époque où tous les *libertini* avaient le droit de cité, nous voyons la *gentis enuptio* accordée à une affranchie comme un privilége personnel. Livius, XXXIX, 9. — La loi Julia défendit aux affranchis des deux sexes de s'allier par mariage aux familles de

3.

Le *Latinus libertinus* (appelé *Latinus Junianus*) avait bien le *commercium*, c'est-à-dire la capacité de la propriété romaine et de la mancipation; mais le droit positif lui retirait les principaux avantages de cette capacité. De même aussi le *peregrinus libertinus* (*dediticiorum numero*) avait bien la capacité générale, conformément au *jus gentium;* mais dans les applications particulières, surtout pour le droit de succession, sa condition était très-inférieure à celle de l'étranger libre (*l*).

§ LXVI. *Restrictions de la capacité.* II. *Privation du droit de cité.*

La position de l'individu par rapport à l'État établit deux classes de distinctions entre les hommes, appartenant à des époques différentes, et ayant toutes deux une grande influence sur la capacité.

L'ancienne distinction se formulait ainsi : tous les hommes sont ou *cives* ou *peregrini;* et quant à son influence sur la capacité : les *cives*

sénateurs. Ulpian., XIII, 1; L. 44, pr. de ritu nupt. (XXIII, 2). — Cf. appendice VII, 2.

(*l*) Les restrictions les plus importantes apportées à la capacité de ces deux dernières classes sont résumées dans les textes suivants: Ulpian., XI, 16; XXI, 14; XXII, 3. — Gaius, III, § 55-76.

ont le *connubium* et le *commercium,* les *peregrini* n'ont ni l'un ni l'autre. Ainsi envisagée, la classe des *peregrini* est purement négative : elle embrasse à la fois ceux qui n'ont aucune capacité du droit, nommément les esclaves, et les membres des nations qui n'ont pas avec le peuple romain de relations amicales (*a*). Elle peut, en outre, recevoir un sens positif, qui, dans l'application, lui donne une grande utilité. Ainsi, on appelle *peregrini* tous ceux qui, n'ayant pas la capacité du *jus civile,* ont la capacité du *jus gentium,* et sont reconnus en cette qualité par les tribunaux romains (*b*).

On comprenait, en outre, sous la dénomination de *peregrini* :

1° Avant Caracalla, les habitants de presque toutes les provinces : ainsi la pluralité des sujets de l'empire romain;

2° Les citoyens de tous les États étrangers qui entretenaient avec les Romains des relations amicales;

(*a*) Ainsi donc, non-seulement les nations auxquelles la guerre avait été déclarée par un décret du peuple (justum bellum), mais toutes celles avec lesquelles le peuple romain n'avait pas encore établi de relations. L. 5, § 2, de captivis (XLIX, 15). Cela nous explique comment, dans l'ancienne langue latine, *hostis* signifiait à la fois ennemi et étranger. Cicero, de Officiis, I, cap. 12. — Varro, de Lingua lat., lib. 5, § 3.

(*b*) Ce principe est justifié par la note suivante.

3° Les Romains qui, par suite d'une peine, la déportation par exemple, avaient perdu le droit de cité (*c*);

4° Une certaine classe d'affranchis, dont l'infériorité tenait au mode de leur affranchissement (*dediticiorum numero*) (*d*).

Commune à tous les habitants des provinces et à tous les étrangers, la pérégrinité rentrait dans le droit politique; appliquée aux condamnés et à une classe d'affranchis, c'était une anomalie spéciale et individuelle (notes *c*, *d*). Ainsi donc, pour ces derniers seulement, la pérégrinité avait un caractère dégradant (*e*).

(*c*) L. 17, § 1, de pœnis (XLVIII, 19) : « Item quidam « ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate : ut sunt in opus publi- « cum perpetuo dati, et in insulam deportati : *ut ea quidem,* « *quæ juris civilis sunt non habeant, quæ vero juris gentium* « *sunt, habeant.* » Ce texte ne parle que des déportés et de ceux qui ont perdu le droit de cité par suite d'une condamnation; mais cela n'a rien de spécial aux condamnés; c'est évidemment la condition de tous les étrangers ayant une certaine capacité du droit; et si le texte ne parle que des condamnés assimilés aux étrangers, c'est qu'il s'agit uniquement ici de l'effet des condamnations. Cf. L. 1, § 2, 3, de leg. (XXXII, un.).

(*d*) Ulpian., XX, 14. « . . . . . is qui dediticiorum numero « est, testamentum facere non potest . . . quoniam nec quasi « civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi « peregrinus, *quoniam nullius certæ civitatis sciens* (*leg. civi-* « *tatis civis est*), *ut adversus leges civitatis suæ testetur.* »

(*e*) Ces deux classes parmi les étrangers peuvent se comparer aux *servi sine domino* parmi les esclaves. Ce sont deux

La capacité des *peregrini* dans le domaine du *jus gentium* embrassait toute espèce de rapports de droit. Leur mariage était un véritable *matrimonium*, mais non *justum* (*f*). Leur propriété était, comme propriété naturelle (*in bonis*), reconnue et protégée (*g*). Leur capacité se montrait surtout en matière d'obligations, car leurs obligations n'étaient pas seulement, comme on pourrait le croire, *naturales*, mais *civiles*, c'est-à-dire garanties par des actions. Ce fut probablement au sujet des obligations que s'établirent ces règles de droit, quand les Romains, ayant fait amitié avec des peuples voisins, eurent avec eux des relations de commerce journalières. Pour

classes isolées, placées en dehors du système général de l'institution.

(*f*) On trouve plusieurs applications de ce principe, surtout par rapport à la règle : pater est quem nuptiæ (non pas *justæ nuptiæ*) demonstrant. Ainsi, l'étranger qui n'avait pas le *connubium* (Ulp., V, 4), et qui épousait une citoyenne romaine, ignorant sa condition, acquérait le droit de cité s'il naissait un enfant du mariage (Ulp., VII, 4. — Gaius, I, § 68). Le sénatus-consulte qui établit cette disposition reconnaît donc le mariage de l'étranger comme un mariage véritable, son enfant comme un enfant véritable, ce qui nécessite l'application de la règle pater est. Ici la loi enjoint aux tribunaux romains de reconnaître à l'étranger une capacité fondée sur le *jus gentium*.

(*g*) En effet, ils avaient l'actio furti et l'actio legis Aquiliæ (Gaius, IV, 37); ce qui implique nécessairement un droit sur l'objet volé ou endommagé.

communiquer aux *peregrini* cette extension, on eut recours à un droit de cité fictif, et leurs actions furent assimilées comme *actiones fictitiæ* à celles des citoyens romains (*h*).

La nouvelle distinction ainsi formulée : Tous les hommes sont ou *cives*, ou *Latini* ou *peregrini*, place entre les deux anciennes classes une classe intermédiaire. Voici, quant à la capacité, les conséquences pratiques de cette innovation : la condition des *cives* et des *peregrini* ne subit aucune modification; mais les *Latini* reçurent un demi-droit de cité, le *commercium* sans le *connubium*. Ainsi, ils appartenaient à la première classe par la capacité du *commercium*, à la seconde par l'incapacité du *connubium*. Néanmoins, les *Latini* et les *peregrini* pouvaient, en vertu de priviléges spéciaux, avoir individuellement une capacité supérieure à celle des autres membres de leur classe (*i*). Le caractère de ces priviléges a quelque chose d'énigmatique. On regarde ordinairement ces

(*h*) Gaius, IV, § 37.

(*i*) Ulpian., V, § 4 : « Connubium habent cives Romani cum « civibus Romanis : *cum Latinis autem et peregrinis ita*, *si* « *concessum sit.* » — Ulpian., XIX, § 4 : « Mancipatio locum « habet inter cives Romanos, et Latinos colonarios, Latinosque Junianos, *eosque peregrinos, quibus commercium* « *datum est.* » Cf. Ulpian., XI, § 16; XX, § 8, 14; XXII, § 1-3. — Gaius, I, § 56.

priviléges comme une distinction ou une récompense accordée à certains individus; mais alors, ce qui eût été beaucoup plus simple, pourquoi ne pas leur donner des droits et le titre de la classe supérieure? La concession du droits de cité, et les empereurs ne s'en montrent pas avares, impliquait la jouissance de tous ces droit, sans qu'il fût besoin de priviléges. Le *connubium* et le *commercium concessum* avaient, il est vrai, pour caractère distinctif d'être purement individuels, tandis que le droit de cité était toujours héréditaire pour les enfants nés depuis la concession : mais pourquoi refuser aux enfants la faveur accordée au père? Pour le *connubium*, l'origine et les motifs de cette institution nous sont bien connus. Le citoyen romain qui servait la république dans une province ne pouvait s'y marier tant que durait son service (*k*); prohibition qui s'étendait aux soldats romains en garnison dans les provinces. Si ces soldats avaient entretenu des relations pouvant conduire à un mariage, on avait coutume, pour que ce mariage fût valide, de leur accorder, à l'époque de leur congé, le *connubium* avec une *peregrina*, ou même avec plusieurs, dans la prévision de mariages successifs. Alors il ne

(*k*) L. 38, 63, 65, de ritu nupt. (XXIII, 2). — L. 6, C. de nupt. (V, 4).

s'agissait pas de favoriser la femme, et la concession du *connubium* remplissait parfaitement le but. Souvent, d'ailleurs, on n'aurait pu accorder le droit de cité à la femme, car souvent, au moment du congé, c'était une personne indéterminée (*l*).

L'explication qui précède ne s'applique pas au *commercium concessum*, et nous n'avons sur cet objet aucun renseignement direct. Peut-être regardait-on cette concession comme une suite nécessaire du *connubium concessum*, et comme un principe s'impliquant de soi-même. Alors elle aurait eu pour but de faciliter les conventions que les soldats romains pouvaient faire

(*l*) Gaius, I, § 57 : « Unde et veteranis quibusdam concedi « solet principalibus constitutionibus connubium cum his « Latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores « duxerint, et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Ro- « mani, et in potestate parentum fiunt. » — De nombreux monuments de cette institution, devenue inutile quand Caracalla eut étendu le droit de cité à tous les sujets de l'empire, ont été conservés jusqu'à nous. Ce sont de petites tables de bronze où est gravé le congé original. Voy. l'excellente dissertation de Haubold et Platzmann (Haubold opuscula, vol. II, p. 783-896); on y trouve le dessin de ces tables. — Ulpien (note *i*) nous apprend que ces concessions se donnaient, non-seulement pour les étrangers, mais pour les Latins. Cela doit s'entendre des légions romaines envoyées en Espagne, car Vespasien avait accordé la latinité à l'Espagne entière (Plinius Hist. nat., III, 4), et jusqu'à la loi de Caracalla il ne paraît pas que cet ordre de choses ait été changé.

avec leur femme ou leur beau-père, relativement aux biens.

Comment et à quelle époque s'introduisit cette classe intermédiaire, qui fit abandonner l'ancienne classification remplacée par la nouvelle? On n'a là-dessus aucun témoignage direct, et l'on ne trouve pas dans les auteurs modernes une opinion unanime ou même bien arrêtée. Pendant la longue période qui s'écoule depuis la fondation de Rome jusqu'à l'affermissement de sa domination sur toute l'Italie, les rapports de droit entre Rome et les États italiens furent aussi nombreux que variables. Ainsi, par exemple, la capacité reconnue aux citoyens de la nation latine dépendit des bons ou mauvais succès de la guerre, tantôt plus restreinte, tantôt plus étendue. Ainsi, entre le droit de cité et de pérégrinité, il y eut une foule de degrés intermédiaires, non susceptibles d'être ramenés à un principe unique ou d'avoir une longue durée. Peu après la guerre sociale, cette distinction disparut de l'ancienne Italie, c'est-à-dire moins la Lombardie, appelée alors *Gallia cisalpina*, et le droit de cité s'étendit d'abord à la nation latine, plus tard aux autres peuples italiens. Dès lors, le nom de Latin désigna l'origine nationale, non plus une certaine capacité de droit.

Vers la même époque, tandis que le sud de la Lombardie (*Gallia cispadana*) recevait le droit

de cité, le nord de la Lombardie (*Gallia transpadana*) subissait une organisation nouvelle, où la capacité du droit était réglée d'après un principe entièrement nouveau. Rome conférait aux villes transpadanes, sans y envoyer de colons, le droit de colonies latines, non pas tel qu'on l'entendait autrefois, mais beaucoup plus restreint. Ainsi, leurs habitants avaient avec les Romains le *commercium* sans le *connubium*; ceux qui dans leur ville natale exerçaient une magistrature avaient le droit de cité romaine. Ici le mot *Latinus* a une signification toute juridique, indépendante de l'origine ou du domicile; c'est la latinité que les jurisconsultes classiques nous représentent comme une condition intermédiaire, comme le second rang assigné aux sujets libres de l'empire, et dont Justinien effaça les dernières traces (*m*). L'application primitive de

(*m*) Les principaux textes sont : Asconius, in Cicer., in Pisonem, init., et Gaius, I, § 79, 96; III, § 56. Niebuhr (Röm. Geschichte, vol. II, p. 88-93) s'en est servi pour expliquer avec une grande sagacité l'origine de la latinité. J'ai traité ce sujet avec détails dans ma dissertation sur la table d'Héraclée, Zeitschrift für Gesch. Rechtsw., vol. IX, p. 312-321. — Les expressions employées dans les sources pour désigner ce rapport de droit sont : Latium, jus Latii, Latinitas; Gaius l'appelle *minus* Latium, par opposition aux priviléges plus étendus des anciens Latins. — Les premiers textes où les mots Latini et Latinitas soient évidemment employés dans leur sens juridique sont Cicéron (ad

ce droit cessa bientôt, car les villes transpadanes obtinrent le droit de cité romaine; mais le nom de *Latinus* et les rapports qu'il exprime trouvèrent ailleurs à s'appliquer. Ainsi Vespasien conféra la latinité à l'Espagne entière (note *l*), et c'est le seul exemple que nous ayons d'une application générale aussi large et aussi durable. Bien antérieurement à cette époque, on rangea dans la classe des *Latini* les affranchis dont l'affranchissement ne pouvait, pour divers motifs, avoir la plénitude de ses effets (*n*).

Jusqu'ici j'ai examiné la condition des trois classes de sujets de l'Empire romain, par rapport au droit privé, et indépendamment du droit public. Du temps de la république libre,

Attic., XIV, 12) et la loi Junia Norbana; mais cette loi ne peut servir à fixer la chronologie, car sa date est fort incertaine, et les auteurs modernes varient là-dessus d'un siècle entier.

(*n*) Ce sont les Latini Juniani créés par la loi Junia, et auxquels cette loi même refuse, par une disposition formelle, les capacités les plus importantes appartenant régulièrement aux Latini. Le titre de Latins n'était cependant pas pour eux un vain nom, car ces restrictions anomales de leurs droits ne touchaient que leurs personnes; leurs enfants avaient tous les droits des Latins. — Les Latini Juniani et leurs descendants sont, vis-à-vis des Latins, à peu près comme les *servi sine domino* par rapport aux esclaves; les déportés et les *dediticiorum numero* par rapport aux étrangers (note *e*).

les citoyens pouvaient seuls, à l'exclusion des Latins et des étrangers, voter aux assemblées du peuple et y exercer les magistratures romaines (*suffragium et honores*). Ces droits étaient sans doute les plus importants de tous, et c'est pour leur conquête que la guerre sociale fit verser tant de sang. Dès lors on pourrait croire qu'ils forment la base fondamentale du droit de cité; néanmoins cela ne serait vrai ni pour le temps de la république, ni pour le temps des empereurs. En effet, il y avait sous la république une classe particulière de *cives non optimo jure*, c'est-à-dire *sine suffragio;* d'où l'on voit que la qualité de citoyen n'était pas nécessairement liée à la possession de ces droits, et sous les empereurs ils perdirent bientôt la haute importance qu'ils avaient autrefois. La capacité du droit privé, au contraire, demeura réglée de la même manière pour les trois classes de sujets, et ne perdit rien de sa valeur, malgré le changement total de la constitution politique; j'ajoute que, même du temps de la république, la jouissance des droits politiques pouvait bien servir à distinguer la première classe des deux autres, non ces deux classes entre elles.

Mais si la distinction fondamentale entre les différentes classes repose uniquement sur la jouissance du droit privé, cela doit s'entendre, comme je le montre ici, de plusieurs degrés de

capacité qui rendent ou non accessibles aux individus certains rapports de droit. Plusieurs auteurs ont là-dessus des idées entièrement fausses; ils rattachent à la supériorité du droit romain les avantages résultant du droit de cité, et ils pensent que les efforts des alliés avant la guerre italique avaient uniquement pour objet de vivre sous un droit aussi parfait. Mais jamais les Romains ne leur avaient interdit cette faculté; il entrait même dans leur politique de voir les vaincus adopter leurs mœurs et leur droit. Ainsi donc, les peuples de l'Italie n'aspiraient pas à établir chez eux les formes romaines du mariage, de la mancipation, des testaments : ce qu'ils voulaient, c'était surtout participer aux droits politiques, puis s'allier aux familles romaines par les liens de la parenté, acquérir des Romains par mancipation ou par testaments, enfin partager l'éclat et la richesse que tous les jours augmentait, pour les citoyens romains, la marche constante de la république vers la domination du monde.

§ LXVII. *Restrictions de la capacité.* III. *Dépendance au sein de la famille.*

Tous les hommes, disent les Romains, sont ou *sui juris* ou *alieni juris;* définition qui peut se

traduire par les mots d'indépendance et de dépendance.

Le pouvoir ainsi exercé au sein de la famille engendrait chez les Romains plusieurs rapports de droit entièrement distincts, dont chacun avait une dénomination spéciale et des effets spéciaux. Ces rapports, au nombre de trois, d'après la phraséologie romaine, sont au nombre de quatre en réalité. Les anciennes dénominations de ces rapports, et qui se retrouvent partout et toujours dans le même ordre, sont : *Potestas*, *Manus*, *Mancipium;* mais sous le nom de *potestas* sont compris deux rapports entièrement distincts, la *patria* et la *dominica potestas*. Il s'agit d'exposer ici l'influence de ces divers rapports sur la capacité; mais je crois bon de les étudier dans un autre ordre.

La *dominica potestas*, ou la dépendance de l'esclave vis-à-vis de son maître, ne doit pas figurer dans ce tableau, car l'esclave en soi, même l'esclave sans maître, a l'incapacité du droit la plus positive et la plus étendue, incapacité au sein de laquelle disparaît complétement la dépendance personnelle vis-à-vis d'un maître déterminé (§ 65).

La *manus*, comme forme rigoureuse du mariage, ne produisait pas non plus, quant à la capacité, une espèce de restriction. La femme ainsi mariée, étant en droit considérée comme

la fille de son mari, son état est dès lors entièrement assimilé à celui d'une *filiafamilias* (*a*).

Enfin le *mancipium* nous est représenté comme ayant plus d'analogie avec la *dominica* qu'avec la *patria potestas* (*b*); l'incapacité qui en résulte semble dès lors identique à l'incapacité de l'esclave, et ainsi plus rigoureuse, plus étendue que celle des enfants sous la puissance paternelle (note *b*). Le *mancipium* constituait néanmoins une espèce d'incapacité particulière, propre au régime de la famille, et voici en quoi il se distingue de l'esclavage. L'esclavage forme un état, considéré abstractivement et en soi-

(*a*) Gaius, II, § 159 : « Idem juris est in *uxoris* persona quæ « in manu est, *quia filiæ loco est.* » Cf. I, § 114, 118; II, § 139; III, § 14. — Il y avait à la vérité deux espèces de *in manum conventio*, l'une *matrimonii causa*, l'autre *fiduciæ causa* (Gaius, I, § 114), et la première seule, d'après le texte de Gaius, assimilait la femme à une fille. Reste maintenant à savoir quelle influence avait sur la capacité de la femme la *in manum conventio fiduciæ causa*. Ici les renseignements nous manquent; mais les deux espèces de *conventio* produisaient sans doute les mêmes effets, quant à la capacité de la femme. La question avait d'ailleurs peu d'importance, car la *coemptio fiduciæ causa* ne constituait pas un état durable, et n'était employée que comme une formalité passagère.

(*b*) Gaius, I, § 123 : « servorum loco constituuntur. » III, § 114 : « idem de eo qui in mancipio est magis prævaluit, nam « et is servi loco est. » Le dernier texte nous fournit une application immédiate de cette analogie. L'adstipulation de l'individu *in mancipio* est nulle comme celle de l'esclave (nihil agit), et ainsi diffère entièrement de l'adstipulation du filiusfamilias.

même, tandis que le *mancipium* implique nécessairement la puissance d'un chef de famille déterminé. Aussi, pendant la durée du *mancipium*, l'exercice des droits politiques était probablement suspendu, et le *mancipé* ne pouvait voter dans les assemblées du peuple, ni figurer comme *judex* ou témoin testamentaire (*c*). Dans le domaine du droit de la famille, son mariage continuait d'être un mariage véritable et légal; les enfants procréés pendant la durée du *manci-*

(*c*) Ulpien, XX, § 3-6, énumère avec le plus grand soin les différents cas où le fils peut être témoin testamentaire, ce qui implique la capacité du fils; et l'incapacité générale de l'individu *in mancipio* ressort évidemment du silence d'Ulpien, car les mêmes règles lui eussent été applicables. En effet, le témoin testamentaire représentait une classe du peuple romain, et en ce sens on dit : « Testamentifactio non « privati sed publici juris est. » L. 3, qui test. (XXVIII, 1). — Je prétends qu'il y avait suspension des droits politiques; on pourrait m'objecter avec beaucoup de vraisemblance les L. 5, § 2; L. 6, de cap. min. (IV, 5), d'où il résulte qu'aucune *minima capitis deminutio*, c'est-à-dire aussi la *mancipii causa*, n'entraînait la perte des droits politiques. Sans doute, au temps d'Ulpien et de Paul, la *mancipii causa* n'étant plus qu'une forme symbolique et passagère, la suspension ne se remarquait point; mais lorsque anciennement la pauvreté forçait un Romain à vendre son fils, et que celui-ci passait pour un long temps au service de l'acheteur, on ne conçoit guère qu'il conservât la jouissance des droits politiques. L'affranchissement lui rendait certainement l'intégrité de ses droits : aussi n'ai-je parlé que d'une suspension.

pum tombaient tantôt sous la puissance de leur aïeul, tantôt sous la puissance du mancipé lui-même après son affranchissement; jamais ils ne naissaient dans la *mancipii causa* de leur père (*d*).

Je passe maintenant à la restriction de la capacité résultant de la puissance paternelle. Ce genre de restriction est le seul qui se soit conservé dans le droit romain actuel, et le seul aussi dont les législations modernes offrent encore quelques traces.

La puissance paternelle est en elle-même un rapport de droit très-important, et qui trouvera sa place dans le droit de la famille. C'est là que je renvoie pour l'exposition de son origine et de sa dissolution, des droits respectifs du père et des enfants, tant sur la personne que sur les biens. Ici je m'occupe uniquement de l'influence que la puissance paternelle exerce sur la capacité des enfants.

La capacité de l'enfant soumis à la puissance paternelle se résume par ce principe fort simple. En droit privé, l'enfant est incapable d'exercer aucun empire, aucune puissance; sous tout autre rapport, il est entièrement capable; et son incapacité ne vient pas d'un défaut inhérent à sa personne, elle dérive de la règle qui

(*d*) Gaius, I, § 135.

attribue au père tous les droits résultant des actes de l'enfant.

Dès lors cette incapacité, restreinte au droit privé, ne s'étend pas au droit public. Le fils peut donc, comme son père, voter dans les assemblées du peuple et exercer les plus hautes magistratures (*e*).

En droit privé, le fils a le *connubium* et le *commercium*, c'est-à-dire la capacité la plus haute quant à l'ancien *jus civile*. Mais cette capacité ne lui donne aucune espèce de puissance actuelle, principe que mettent dans tout son jour les applications suivantes.

Le mariage du fils est un véritable mariage civil (*justum matrimonium*); mais s'il est contracté avec *in manum conventio*, la puissance sur la femme n'appartient pas au mari. — Les enfants issus de ce mariage sont *legitime concepti*, et tombent au moment de leur naissance sous la puissance paternelle, non de leur père, mais de leur aïeul. — Le fils a la capacité absolue de l'agnation. — Le fils ne saurait avoir d'empire

(*e*) L. 9, de his qui sui (I, 6) : « Filiusfamilias in publicis « causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat, « vel tutor detur. » — L. 13, § 5; L. 14, pr. ad Sc. Treb. (XXXVI, 1) : « . . . Nam quod ad jus publicum attinet, non « sequitur jus potestatis. » — Cf. L. 3, de adopt. (I, 7); L. 77, 78, de jud. (V, 1), et Livius, XXIV, 44; Gellius, II, 2; Valerius Max., II, 2, 4.

sur un esclave, car cela est une puissance personnelle. — Mais il peut être nommé tuteur, car la tutelle est une charge publique.

Le fils a le *commercium;* il peut donc figurer comme témoin d'une mancipation ou d'un testament, ce dont l'esclave est incapable. — Mais le fils ne peut avoir ni propriété, ni servitudes.

Le fils ne peut avoir de créances : elles impliquent une puissance personnelle; mais il peut contracter des dettes, et ce sont des *civiles obligationes* donnant lieu à des actions (*f*). Cette distinction est fondée sur le principe que le fils peut toujours enrichir son père, mais ne peut jamais l'appauvrir (*g*). — Les règles précédentes souffrent exception pour les dettes et les créances réciproques du père vis-à-vis du fils. Ainsi le fils peut être aussi bien créancier que débiteur de son père, mais ce ne sont dans tous les cas

(*f*) L. 39, de O. et A. (XLIV, 7) : « Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, et ob id agi « cum eo tanquam cum patrefamilias potest. » L. 57, de jud. (V, 1); L. 44, 45, de peculio (XV, 1); L. 141, § 2, de V. O. (XLV, 1); L. 8, § 4, de acceptilat. (XLVI, 4). — Une exception toute spéciale, c'est que le fils ne pouvait s'engager par un vœu sans l'autorisation du père. L. 2, § 1, de pollic. (L. 12).

(*g*) Cette règle n'est exprimée formellement que pour l'esclave. L. 133, de R. J. (L. 17) : « Melior conditio nostra per servos « fieri potest, deterior fieri non potest, » et dans d'autres textes semblables. Sous ce point de vue, le fils est entièrement assimilé à l'esclave.

que des *naturales obligationes* (*h*). Ici se représentent les règles exposées plus haut (§ 65), sur les obligations réciproques du maître et de l'esclave. — En matière d'obligations, même d'après l'ancien droit, il n'y a aucune différence pour la capacité ou l'incapacité entre le fils et la fille placés sous la puissance paternelle (appendice V).

Toutes ces règles se résument par ce principe fort simple : dans le domaine du droit des biens, le fils ne peut avoir de droits actifs. Or, le droit de succession étant, par sa nature et son but, l'expression collective du droit des biens, quoique une succession puisse dans certains cas ne donner que des dettes, il en résulte que, malgré sa *testamentifactio*, le fils ne peut néanmoins faire de testament (*i*), et que même en général il est incapable d'avoir un héritier (*k*).

Si l'on compare la capacité restreinte des en-

(*h*) La possibilité d'une *naturalis obligatio* entre le père et le fils est posée en principe dans la L. 38, pr., § 1, 2, de cond. indeb. (XII, 6). L'impossibilité de toute action judiciaire entre eux est exprimée formellement. L. 4, 11, de jud. (V, 1); L. 16, de furtis (XLVII, 2).

(*i*) Ulpian., XX, § 10 : « Filiusfamiliæ testamentum facere « non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. » D'un autre côté, il avait la *testamentifactio*, car il pouvait figurer comme témoin d'une mancipation, comme *libripens* et *familiæ emtor*, ibid., § 3-6.

(*k*) L. 11, de fidejuss. (XLVI, 1); L. 18, de Sc. Maced. (XIV, 6).

fants sous la puissance paternelle avec celle des esclaves (§ 65), on y trouve des similitudes et des différences. Les uns et les autres représentent forcément le chef de la famille quant aux moyens d'acquérir, d'où résulte pour eux l'incapacité presque absolue d'avoir des biens en propre. Le fils diffère de l'esclave en ce que son incapacité tenant uniquement à cette représentation forcée, il demeure capable du mariage et de la parenté romaine, il peut figurer comme témoin testamentaire, exercer la tutelle, et contracter des dettes donnant lieu à des actions, toutes choses dont l'esclave est incapable, parce que, indépendamment de la représentation forcée d'une personne déterminée, son incapacité tient à une cause absolue, l'esclavage en soi (*l*). Cette différence nous explique pourquoi l'on trouve plusieurs espèces d'esclaves sans maîtres, tandis

(*l*) Cette différence essentielle entre l'incapacité du fils et celle de l'esclave ne se montre nulle part aussi clairement que dans Gaius (III, § 114) au sujet de l'adstipulation. Le caractère propre de l'adstipulation était d'être faite uniquement en vue de la partie contractante; d'après la nature de ce contrat, l'*adstipulator* pouvait acquérir une action pour lui-même, jamais pour un tiers. Aussi dit-on, en parlant du *servus adstipulator: nihil agit*; et en parlant du *filius familias: agit aliquid*; mais son action sommeille tant que dure la *potestas*, et elle ne prend réellement naissance qu'après la mort du père. Sur la perte de cette action par suite de la *capitis deminutio*, voy. plus bas, § 70, i.

qu'il n'y a pas de *filiusfamilias* sans qu'il existe un père réellement investi de la puissance paternelle.

Les principes que je viens d'exposer sont ceux du droit romain primitif. Par la suite des temps ils subirent de grandes modifications. La première remonte au commencement de la domination impériale. On attribua aux fils de famille la propriété des biens acquis à la guerre (*castrense peculium*), et au moyen d'une fiction ils furent considérés, quant à ces biens, comme indépendants de la puissance paternelle (*sui juris*). Plus tard on étendit cette fiction à tous les biens acquis au service de l'État (*quasi castrense*). — Sans déroger aussi ouvertement aux principes, les exceptions introduites depuis Constantin, et érigées en règles générales par Justinien, eurent des effets beaucoup plus larges. C'est ce que les auteurs modernes appellent *peculium adventitium*. Dès lors, l'incapacité primitive des fils de famille ne subsista pour ainsi dire plus, mais leur propriété fut soumise à un régime tout particulier. Pour avoir l'intelligence de ce nouveau droit, il faut nécessairement connaître le droit antérieur d'où il est sorti. Ainsi donc, les matières dont j'ai traité dans le précédent paragraphe n'appartiennent pas aux institutions tombées en désuétude, mais aux institu-

tions modifiées, et leur exposition se rattache directement au droit romain actuel.

Si l'on considère dans son ensemble la dépendance au sein de la famille, la restriction de la capacité se range sous deux chefs principaux, la puissance paternelle et le *mancipium*. Les principes de la matière peuvent se résumer dans le tableau suivant. Il y a trois chefs qui dominent les restrictions de la capacité, sous chacun desquels se rangent trois degrés différents de capacité : le premier degré exprime la capacité complète, le second et le troisième, les restrictions de la capacité par rapport à ce chef. Ces divers degrés sont :

I. Par rapport à la liberté :

A. *Ingenui*. } *Liberi*.
B. *Libertini*. }
C. *Servi*.

II. Par rapport au droit de cité :

A. *Cives*.
B. *Latini*.
C. *Peregrini*.

III. Par rapport à la famille :

A. *Sui juris*.
B. *Filiifamilias*. } *Alieni juris*.
C. *Qui in mancipio sunt*. }

Il existe, à la vérité, d'autres *alieni juris*, les esclaves et les femmes mariées *in manu*. Les

uns appartiennent à la première division (I. C.), les autres au second degré de la troisième division (III. B.); et ainsi ni les uns ni les autres ne forment réellement un degré dans l'échelle des restrictions de la capacité au sein de la famille.

§ LXVIII. Triple *capitis deminutio*.

Jusqu'ici nous avons reconnu trois espèces de restrictions de capacité, reposant chacune sur une base différente. Les auteurs modernes s'accordent à reconnaître ces trois espèces de restrictions, et précisément leur nombre de trois, mais ils ont essayé de désigner les rapports qu'elles expriment avec les mots techniques *status libertatis, civitatis, familiæ*, et par là ils ont obscurci la simplicité des principes du droit romain. J'ai évité à dessein d'employer ces mots techniques étrangers au langage des sources, me réservant d'examiner en son lieu ce qu'ils contiennent de vrai ou de faux.

Chacun de ces degrés prête pour les individus à des changements de plus d'une sorte, tantôt avantageux, tantôt défavorables : car l'homme libre peut devenir esclave ; le citoyen romain, *peregrinus;* le chef de famille peut perdre son indépendance, et réciproquement. Dans le premier cas, il y a abaissement ou dégradation ;

dans le second cas, il y a élévation. Ces changements peuvent ensuite avoir une cause naturelle ou une cause juridique. Ainsi, par exemple, le fils peut sortir de la puissance paternelle par la mort de son père ou par émancipation. L'influence de ces changements sur la capacité ne demande aucuns nouveaux détails, elle ressort de l'exposition qui précède. Ainsi, par exemple, l'homme libre qui devient esclave et l'esclave de naissance ne diffèrent en rien quant à la capacité.

Nous trouvons, il est vrai, une idée de droit très-ancienne, sous cette forme également ancienne, *capitis deminutio* (*a*); mais quel en est le sens? On pourrait croire qu'il n'y a pas là de difficulté, car les anciens jurisconsultes nous disent dans une foule de textes que c'est une *status mutatio* (*commutatio*, *permutatio*) (*b*).

(*a*) On lit dans les manuscrits *deminutio* et *diminutio*. Hugo se déclare hautement pour cette dernière forme (Rechtsgeschichte, p. 121, 11[e] éd.). Pour la première, on pourrait invoquer l'ordre alphabétique suivi dans Festus, où le mot *Deminuti* se trouve entre *Demagis* et *Demoe;* mais cela ne prouve rien, car cet ordre rigoureux, introduit par les éditeurs de Festus, n'existe nullement dans les manuscrits. Je ne vois aucune raison de douter que les anciens eux-mêmes n'aient écrit *deminutio* et *diminutio*, et qu'ainsi les deux formes ne soient également bonnes.

(*b*) Pr. J. de cap. dem. (I, 16); L. 1, de cap. min. (IV, 5), de Gaius. — Ulpian., XI, § 13; L. 9, § 4, de minor. (IV, 4) d'Ulpien. — Paulus, I, 7, § 2; III, 6, § 29; L. 2, de in int

Mais cela nous apprend peu de chose, car les plus grandes difficultés se représentent pour l'interprétation de *status*, et ensuite il paraît qu'au mot *mutatio* se rattachent plusieurs idées accessoires bien connues des auteurs de la définition, mais qu'ils ont négligé d'exprimer. Ainsi nous devons reconnaître que cette définition des anciens jurisconsultes, comme beaucoup d'autres, ne nous mène pas bien loin.

A s'en tenir aux mots eux-mêmes, il semblerait que la définition exprime deux idées, l'une d'un changement dans l'état de la personne, l'autre d'un préjudice résultant de ce changement; cela nous reporte à une espèce de changements distinguée au commencement de ce paragraphe, ou aux *dégradations,* en ce qui touche la *capacité*. La vraisemblance augmente, si l'on considère qu'il y a une triple *capitis deminutio*, comme il y a trois espèces de restrictions de capacité. Ainsi il faudrait entendre par *capitis deminutio,* diminution de la capacité en général, et elle se rapporterait aux trois chefs possibles

restit. (IV, 1) de Paul. — L. 28, C. de liber. causa (VII, 16). — Dans tous ces textes on lit *status;* dans Gaius, I, § 159, se trouve un mot illisible : *prioris* .... *permutatio*, qui, suivant moi, devait être *capitis,* car on distingue encore un *p*. — *Mutatio, commutatio, permutatio,* sont des différences peu importantes. Au reste, pour plusieurs de ces textes, surtout pour celui des Institutes, les manuscrits offrent beaucoup de variantes.

de la diminution de capacité, la liberté, le droit de cité, l'indépendance au sein de la famille, parallèlement au tableau dressé § 67. Mais cela demeure toujours une simple présomption; pour l'établir comme vérité, il faut la rapprocher du contenu réel de la triple *capitis deminutio*, tel que le donnent les jurisconsultes romains; et c'est cette comparaison que je vais entreprendre (*c*).

Les trois degrés de la *capitis deminutio*, d'après la phraséologie la plus simple et la moins équivoque, s'appellent : *maxima, media, minima* (*d*).

(*c*) Les textes principaux sont : Gaius, I, § 159-163; Ulpian., XI, § 10-13; Tit. J. de cap. demin. (I, 16); L. 11, de cap. min. (IV, 5) (de Paul); Boethius in Ciceronis Top., C. 4 (exact en général, mais il regarde à tort la déportation comme entraînant la *maxima cap. demin.*).

(*d*) Voici les différences de phraséologie que présentent les sources : 1) Gaius et les Institutes emploient indifféremment *minor* comme synonyme de *media;* 2) Gaius comprend les deux premiers degrés sous le nom de *majores* (I, § 163); Callistrate et Ulpien les désignent par *magna* (L. 5, § 3, de extr. cogn., L. 13. — L. 1, § 4, de suis, XXXVIII, 16. — L. 1, § 8, ad Sc. Tertull., XXXVIII, 17). Par opposition à *magna*, Ulpien appelle le dernier degré *minor* (L. 1, § 4, cit.). — On voit que l'expression *minor* est équivoque, et il vaut mieux l'éviter; la phraséologie que j'adopte ne prête à aucune ambiguïté. — Dans la L. 5, § 3, de extr. cogn. (L. 13), on lit : « magna cap. dem .... id « est cum libertas adimitur, veluti cum aqua et igni interdicitur. » Ici *libertas* est pris pour *civitas*, ce qui d'ailleurs est fondé sur d'autres analogies. Schilling, Institutionen, vol. II, § 27, note *h*.

I. *Maxima*. D'après les textes cités plus haut, elle consiste dans la perte de la liberté, et ainsi elle a lieu quand un homme libre (*ingenuus* ou *libertinus*) devient esclave (*e*). Ici la présomption se trouve vérifiée de la manière la plus complète et la plus évidente.

II. *Media*. Elle présente les applications suivantes :

A. D'après les textes cités, lorsque le *civis* devient *peregrinus;* par exemple, en cas de condamnation à la déportation.

B. Lorsqu'un *civis* devient *Latinus* (*f*).

C. Les textes ne parlent pas expressément du cas où un *Latinus* devient *peregrinus*. Mais, sans

(*e*) Peut-être faudrait-il ajouter ici le cas où une personne libre devient affranchie. Ce cas se présente quand une femme libre épouse un esclave avec l'autorisation de son maître; si elle l'épousait sans cette autorisation, elle-même devenait esclave. Tacitus, Ann., XII, 53; Paulus, IV, 10, § 2; Gaius, I, § 84; Fragm. de jure fisci, § 12. Ce cas n'a pas une origine ancienne; voilà pourquoi il aura été omis, et sans doute aussi à cause de sa rareté. Si on veut le considérer comme *capitis deminutio*, ce doit être une *maxima*, non une *minima*, car l'affranchi comme l'esclave soutenait vis-à-vis de l'État des rapports différents de ceux qu'il avait avec son patron, et beaucoup plus importants.

(*f*) Boethius in Ciceronis Top., cap. 4 : « media vero, in « qua civitas amittitur, retinetur libertas, *ut in Latinas colo-* « *nias transmigratio*. » Gaius, III, § 56, mentionne le même cas d'une manière encore plus précise que Boethius, mais sans employer l'expression de *capitis deminutio*. Cf. Cicero pro Cæcina, C. 33.

doute, il faut admettre que la déportation d'un Latin, comme celle d'un citoyen romain, entraînait une *capitis deminutio* (*g*).

Ici encore notre présomption se trouve complétement vérifiée.

III. *Minima.* Si l'on consulte l'analogie tirée de la *maxima* et de la *media*, on obtient les résultats suivants :

A. Cette *capitis deminutio* est encourue lorsqu'un chef de famille devient *filiusfamilias ;* par exemple, en vertu de l'arrogation, et, d'après le droit moderne, de la légitimation. L'arrogation est une *minima capitis deminutio,* cela n'a jamais été contesté (*h*).

B. Lorsqu'un *filiusfamilias* ou une femme *in manu* passe *in mancipii causa.* Ici encore la *minima capitis deminutio* n'est pas douteuse; et même si l'émancipation et l'adoption entraînent la *capitis deminutio*, c'est parce que, d'après les formes du droit primitif, il fallait toujours traverser la *mancipii causa* (*i*). Autrement, on ne

(*g*) D'après le droit et le langage des temps anciens, l'infamie pouvait être considérée comme *capitis deminutio,* à cause de la perte des droits politiques. Du temps des jurisconsultes classiques, on envisageait la chose autrement. Je reviendrai sur ce point, quand je traiterai de l'infamie.

(*h*) L. 2, § 2, de cap. min. (IV, 5); Gaius, I, § 162. — Il en est de même du changement d'état de la femme *sui juris*, qui se mariait avec *in manum conventio.*

(*i*) L. 3, § 1, de cap. min. (IV, 5) : « cum emancipari nemo

comprendrait pas comment l'émancipation, qui donne au fils son indépendance, et qui, en dernier résultat, augmente sa capacité, loin de la restreindre, est constamment représentée comme *capitis deminutio*.

C. Enfin, on serait tenté de ranger dans la même classe la dégradation d'un chef de famille par la *mancipii causa;* mais la mancipation, pour laquelle seule la *mancipii causa* a été introduite, ne pouvait atteindre qu'un *filiusfamilias* ou une femme *in manu* (*k*).

Ici encore notre présomption semble vérifiée, et pour en avoir la preuve il ne nous reste plus qu'à faire l'énumération comparative des différents cas. Néanmoins, le plus grand nombre des auteurs modernes est loin d'adopter ces principes, et cela tient d'abord à quelques applications douteuses, puis aux notions peu arrêtées que nous trouvons dans les jurisconsultes romains sur la nature de la *minima capitis deminutio*. Mais comme l'examen de cette question nous mènerait à des recherches hors de proportion avec l'ensemble du sujet, j'en ferai la matière d'un appendice (l'app. VI). Je termine en citant un passage d'un auteur étranger au droit, où l'énumération des principaux cas de la *capitis*

« possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. » Gaius, I, § 162, 134.

(*k*) Gaius, I, § 117, 118. Ulpian., XI, § 5.

deminutio s'accorde avec notre présomption. On lit dans le dictionnaire de Festus : « *Demi-* « *nutus capite appellatur qui civitate mutatus* « *est* (*l*); *et ex alia familia in aliam adoptatus :* « *et qui liber alteri mancipio datus est : et qui in* « *hostium potestatem venit : et cui aqua et igni* « *interdictum est.* »

J'emploierai désormais l'expression *capitis deminutio* dans le sens de dégradation, par rapport à la capacité du droit.

Si l'on adopte comme vraie mon explication de la *minima capitis deminutio*, il s'ensuit nécessairement que l'arrogation est dans le droit Justinien la seule de ce genre. En effet, la *manus* et la *mancipii causa* prise en elle-même et comme état durable n'existaient plus depuis longtemps; et là-dessus pas d'incertitude. Mais l'émancipation elle-même n'est plus une *capitis*

(*l*) Conradi, Parerga, p. 174, change mutatus en *multatus* est, et il emprunte cette conjecture assez vraisemblable aux J. B. Pii annotationes post. C. 44. Néanmoins, cette correction doit être rejetée comme inutile, car ce cas serait alors identique avec celui qui termine l'énumération *aquæ et ignis interdictio*, et l'on ne concevrait pas pourquoi Festus les aurait ainsi séparés. *Civitate mutatus* désigne le Romain qui renonce volontairement à son droit de cité pour devenir citoyen d'un autre État. Cf. Cicero. pro Balbo, C. 13 : « ne quis invitus civitate « mutetur; » C. 18 : « ut et *civitate* illum *mutatum esse* fateretur. » Livius, V, 46 : « mutari finibus. » L. 7, pr. de cap. m. (IV, 5) : « familia mutati. » Cf. Gronov., obs. III, 1.

deminutio, et cela nous apparaît comme conséquence nécessaire de ce que l'émancipé ne passe plus en réalité par la *mancipii causa*. Justinien conserva, il est vrai, au père son droit de patronage (*m*), mais dans le seul but de ne pas l'exclure du droit de succession; précaution que la législation des Novelles rendit superflue. D'un autre côté, Justinien avait déjà décidé formellement que l'émancipation ne détruirait pas l'agnation (*n*), et avant que le législation nouvelle sur les successions eût enlevé à l'agnation toute importance pratique. Ainsi donc, d'après les principes du droit Justinien, l'émancipation ne doit plus être regardée comme une *capitis deminutio*.

§ LXIX. *Effets de la* capitis deminutio.

Les effets des événements si divers compris sous le nom générique de *capitis deminutio* résultent pour la plupart de la nature même du changement intervenu. Si, par exemple, un citoyen romain perd la liberté (*maxima cap. dem.*), il assume la capacité très-restreinte de l'esclave; dès lors il n'y a plus pour lui ni mariage, ni agnation, ni propriété; tout cela s'entend de soi-même. Ainsi encore le mariage et la parenté de

(*m*) L. 6, C. de emancipat. (VIII, 49).
(*n*) L. 11; L. 13, § 1, C. de leg. hered. (VI, 58).

l'arrogé continuent de subsister, mais il perd la propriété de ses biens. Ce sont là des conséquences nécessaires de la capacité assignée aux esclaves et aux enfants. Dans tous ces cas, les biens sont régis comme s'ils eussent été acquis postérieurement à la *capitis deminutio,* principe que les Romains expriment relativement aux actes de dernière volonté par cette règle naturelle : « *Quæ in eam causam pervenerunt, a qua* « *incipere non poterant, pro non scriptis haben-* « *tur* (*a*). »

Si c'était là seulement ce qu'entendaient les jurisconsultes romains, nous n'aurions pas à nous occuper des effets spéciaux de la *capitis deminutio,* et ils nous auraient transmis une expression technique inutile et embarrassante; mais en réalité la *capitis deminutio* est une institution indépendante, elle a ses effets propres et positifs, qu'il s'agit maintenant de déterminer. Le principe dominant en cette matière paraît être que la *capitis deminutio* fait de celui qui la subit un homme nouveau. La distinction entre

(*a*) L. 3, § 2, de his quæ pro non scripto (XXXIV, 8) On trouve encore des applications diverses de la même règle : L. 11, de jud. (V, 1); L. 11, de serv. (VIII, 1); L. 19, ad L. Aquil. (IX, 2); § 6, J. de nox. act. (IV, 8). — Plusieurs auteurs attaquent cette règle, quant à sa généralité absolue, et lui trouvent plusieurs exceptions. L. 98, pr.; L. 140, § 2, de V. O. (XLV, 1); L, 85, § 1, de R. J. (L. 17).

ces deux espèces d'effets attachés à la *cap. dem.* repose sur la nature des choses, et est attestée par le mot technique *capitis deminutio,* qui sans cela serait superflu. Les jurisconsultes romains n'expriment pas cette distinction, et même, dans les applications particulières, ils se contentent d'énumérer les effets spéciaux, en y ajoutant ce qui s'implique de soi-même et ne tient pas à la nature de la *capitis deminutio* proprement dite.

Pour la *maxima* et la *media cap. dem.,* les effets spéciaux sont peu apparents, car les conséquences les plus importantes ressortent déjà de l'esclavage ou de la pérégrinité en soi; puis la confiscation des biens, qui s'y ajoute ordinairement, a des caractères tout particuliers et indépendants de la *capitis deminutio* (*b*). Mais ici

(*b*) Comme ce point a de l'importance, et n'est pas généralement admis, je crois devoir ajouter ici quelques observations. La confiscation, considérée comme droit du fisc de succéder à l'universalité des biens, est un effet attaché par la loi à certaines peines, non une suite naturelle de la *capitis deminutio.* 1° Le régime de la confiscation ne peut être placé avec certitude antérieurement à Auguste (autrefois la propriété des biens était réglée d'une manière toute différente), et la *capitis deminutio* appartient au droit primitif; 2° la confiscation résulte de la condamnation à des peines déterminées, et n'atteignait certainement pas le *civis* qui subissait la *media capitis deminutio* en entrant dans une *colonia latina* (§ 68); 3° le changement d'état produit par la *maxima* et la *media capitis deminutio* n'implique nullement de sa nature la succession du fisc. En effet, le déporté (*media cap. dem.*), d'après la nature générale de son

se présentent deux grands principes, qu'il faut mettre en lumière.

La *maxima* et la *media cap. dem.* sont souvent assimilées à la mort; c'est ce que les jurisconsultes modernes ont coutume d'appeler mort civile (*mors civilis*). Cette assimilation s'étend à la *media cap. dem.*, quand elle est le résultat d'une peine (*c*). On se servait de cette fiction pour échapper à plusieurs conséquences trop rigoureuses de la caducité; mais elle avait en outre

nouvel état, n'aurait pas dû perdre ses biens, car il avait, comme un étranger libre, la capacité de la propriété. Le *servus pœnæ* lui-même (*maxima cap. dem.*) doit perdre ses biens, puisqu'il n'a pas capacité pour être propriétaire; mais en principe, il était sans maître, puisque le fisc n'est pas le maître de ces esclaves, et n'a par conséquent aucun droit à leur succession.

(*c*) I, pour la *maxima*. L. 209, de R. J. (L. 17) : « Servitu- « tem mortalitati fere comparamus. » — L. 59, § 2, de condit. (XXXV, 1) : « Servitus morti adsimilatur. » — L. 5, pr. de bonis damn. (XLVIII, 20). — II, pour la *media*. L. 1, § 8, de B. P. contra tab. (XXXVII, 4) : « deportatos enim mortuorum « loco habendos. » — L. 4, § 2, de bonis libert : « deportatus... « mortui loco habetur. » Ici, l'on observe que parfois la *maxima cap. dem.* a des effets moins étendus. Si, par exemple, un Romain est fait prisonnier, son droit de succéder comme patron demeure en suspens à cause de la possibilité du *postliminium*. — L. 13, § 1, de don. int. v. et ux. (XXIV, 1). — C'est à tort que l'on invoque ici la L. 63, § 10, pro socio (XVII, 2). Cette loi, au contraire, distingue la mort de la *maxima* et de la *media cap. dem.*; elle ne les place sur la même ligne que pour un de leurs effets.

un but plus général (*d*). Ainsi, la déportation une fois assimilée à la mort, le déporté ne faisait plus obstacle aux droits successifs des cognats plus éloignés, ni au patronage héréditaire de ses enfants (note *c*).

Il s'agit maintenant de déterminer l'influence de la *media cap. dem.* sur les rapports de famille. Quant au mariage du déporté, homme ou femme, les effets de la déportation sont évidents. Le mariage cesse d'être un mariage civil; car le droit de cité est pour les deux conjoints une condition indispensable; mais si les époux le veulent, il continue à valoir d'après le *jus gentium* (*e*). Toute agnation du déporté est détruite, et là-dessus pas d'incertitude; car sans le droit de cité il n'y a pas d'agnation possible. Mais sa cognation est également détruite (*f*), et

(*d*) Le rapport de cette fiction à la caducité est traité savamment, mais sous un point de vue trop exclusif, dans Cujacius, obs. XVIII, 13. Cf. Schulting notæ in Dig. L. 209, de R. J. (L. 17).

(*e*) L. 5, § 1, de bonis damn. (XLVIII, 20); L. 24, C. de donat. int. vir. et ux. (V, 16); L. 1, C. de repud. (V, 17). — Ce n'était là qu'une application rationnelle des principes généraux; mais quand ces mêmes textes laissent subsister le droit dotal, ils établissent en faveur du condamné un *jus singulare*, car, en droit romain, la dot implique toujours l'existence d'un mariage civil.

(*f*) § 6, J. de cap. dem. (I, 16) : « Sed et si in insulam quis « deportatus sit, cognatio solvitur. » L. 4, § 11, de gradibus (XXXVIII, 10). Ce dernier texte représente aussi l'affinité

cela paraît singulier; car il est reconnu d'ailleurs que les faits juridiques ne portent aucune atteinte aux liens du sang, tant que la liberté subsiste (*g*). Aussi ne devons-nous voir là qu'une expression impropre. La cognation elle-même subsiste, mais elle perd ses principaux effets juridiques, et notamment le déporté ne peut recueillir une succession à titre de cognat, ou exclure des parents plus éloignés (note *c*). Quant aux prohibitions de mariage, la cognation subsiste nécessairement, car en ce sens elle existe même pour les esclaves et conserve toujours ses effets (§ 65).

Il en est tout autrement pour la *minima cap. dem.* (*h*). Sans doute, elle a des effets qui résultent naturellement de ses différentes causes. Ainsi, par exemple, l'arrogé perd nécessairement ses biens, puisque sa nouvelle condition ne lui permet pas d'avoir ou d'acquérir un droit de propriété (§ 67). Mais il est d'autres effets

comme détruite, décision que n'explique pas ce que je dis sur la cognation. — La L. 17, § 5, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1) est étrangère à la matière. Cette loi n'a trait qu'à l'interprétation d'un fidéicommis, et s'occupe uniquement de rechercher l'intention du testateur.

(*g*) § 3, J. de leg. adgn. tut. (I, 15); L. 8, de R. J. (L. 17), et d'autres textes.

(*h*) La distinction entre les effets de la *minima* et de la *maxima cap. dem.* est reconnue en principe dans les L. 2, pr., L. 7, § 2, 3, de cap. min. (IV, 5).

qu'on ne saurait expliquer d'une manière aussi simple que ceux de la *maxima* et la *media cap. dem.*, et en voici la raison : La *maxima* et la *media cap. dem.* tiennent à des causes simples et invariables, la perte de la liberté, la perte du droit de cité. La *minima cap dem.* n'a pas une nature aussi simple. Quand on compare l'arrogation et l'émancipation, on voit qu'elles ont un but et des résultats opposés. L'une établit la puissance paternelle, l'autre la dissout. Si donc on leur impose le même nom, et que sous ce nom on veuille comprendre des effets généraux communs à l'une et à l'autre, on doit considérer la *capitis deminutio* en soi, abstraction faite des cas où elle engendre la puissance paternelle et des cas où elle l'abolit.

D'abord on remarque expressément que la *minima cap. dem.* n'agit que dans le domaine du droit privé. Ainsi l'arrogation d'un magistrat, d'un sénateur ou d'un *judex*, n'exerçait aucune influence sur leurs fonctions publiques (*i*). En droit privé elle a les effets suivants :

I. Droit de la famille.

Le mariage civil contracté avant la *capitis deminutio* n'en reçoit aucune atteinte. Pour l'arrogation et l'émancipation complète, cela était évi-

(*i*) L. 5, § 2 ; L. 6, de cap. min. (IV, 5). J'ai dit, § 67, note *c*, avec quelles restrictions ce principe devait sans doute s'appliquer dans les anciens temps.

dent. Pendant l'état intermédiaire de la *mancipii causa*, on aurait pu en douter; mais le cas se trouve formellement prévu (§ 67, *d*).

La *minima cap. dem.* détruit l'agnation; mais la cognation demeure intacte (*k*), quelle que soit la cause de la *cap. dem.*, l'arrogation (*l*), l'adoption ou l'émancipation. Ce principe doit être regardé comme une règle positive qui ne s'entend nullement de soi-même; car pour l'émancipé surtout on aurait très-bien conçu qu'en sortant de la puissance paternelle, il eût conservé son agnation avec ses parents collatéraux. — Justinien maintint le principe nommément pour l'arrogation; mais il décida que l'émancipation ne détruirait plus l'agnation (*m*). Au reste, sa dernière législation enleva à l'agnation ses principaux effets, et la question perdit presque toute importance pratique.

La *gentilité* était également détruite, c'est-à-

(*k*) Gaius, I, § 158, 163; III, § 27. — Ulpien, XXVIII, § 9. — § 3, J. de leg. adgn. tut. (I, 15). — § 1, J. de adquis. per adrog. (III, 10). — L. 6, de cap. min. (IV, 5). — L. 8, de R. J. (L. 17).

(*l*) Ce principe souffre une restriction quant à l'arrogation. L'arrogé fait passer avec lui ses enfants sous la puissance de son père adoptif; ainsi donc il ne perd pas l'agnation, ou il la retrouve en quelque sorte dans sa nouvelle famille.

(*m*) L. 13, § 1, C. de leg. her. (VI, 58). Après la mort du fils émancipé, sa succession revenait à ses frères et sœurs, comme agnats; non à son père, comme patron.

dire que toute *minima cap. dem.* rompait nécessairement les liens existant entre le *deminutus* et ses anciens *gentiles* (*n*).

Le patronage finissait par suite de la *cap. dem.*, tant du patron que de l'affranchi. Je le montrerai plus bas en parlant des différents droits attachés au patronage (tutelle, *operarum obligatio*, succession) (*o*).

La tutelle ne finissait par suite de la *minima cap. dem.* du tuteur que quand elle était *legitima* et résultant de la loi des XII Tables; la *legitima* établie par les lois nouvelles, ainsi que la tutelle testamentaire ou dative sans distinction, continuent de subsister malgré la *minima capitis*

(*n*) Cicero, Top., § 6 : « Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt... *Qui capite non sunt deminuti.* » Cicéron avait immédiatement en vue le fils émancipé, et voulait avertir que celui-ci cesse d'appartenir à la *gens* de sa naissance, bien qu'il en conserve le *nomen.* L'adopté et l'arrogé cessent d'appartenir à la *gens* de leur origine, et cela n'est pas douteux, car ils en perdent le *nomen.* Mais, de même qu'ils participent à l'agnation de leur nouvelle famille, n'entrent-ils pas aussi dans la *gens* dont ils prennent le *nomen?* Le texte de Cicéron semble établir la négative, car ils avaient subi une *capitis deminutio.* L'adopté ayant traversé la *mancipii causa*, on pourrait croire que cette circonstance le rend toute sa vie incapable d'appartenir à une *gens*, d'entrer dans une relation aussi pure et aussi élevée; mais pour l'arrogé ce doute n'existe pas, et nous avons lieu de croire que Cicéron n'a pensé qu'à l'émancipation.

(*o*) Le droit de patronage se perdait naturellement par la *maxima* et la *media cap. dem.*, mais il revivait si le condamné recevait sa grâce. L. 1, de sent. passis (XLVIII, 23).

deminutio (*p*). Dans l'ancien droit, la *cessicia* était assimilée à la *legitima* (*q*). — La *capitis deminutio* du pupille fait toujours cesser la tu-

(*p*) L. 3, § 9; L. 5, § 5, de legit. tutor. (XXVI, 4); § 4, J. quibus modis tut. (I, 22); L. 11, de tutel. (XXVII, 3); L. 7, pr. de cap. min. (IV, 5) : « Tutelas etiam non amittit capitis deminutio, « *exceptis his*, *quæ in jure alieno personis positis deferun-* « *tur*. » L'exception exprimée dans ce texte en termes fort obscurs a, de tout temps, et avec raison, soulevé de graves difficultés. Les uns y voient une circonlocution embarrassée désignant les agnats, et, suivant eux, *positis* veut dire : remanentibus usque ad mortem patris; les parents qui ont conservé intacte leur agnation de naissance. Cf. Conradi, Parerga, p. 190; Rudorff, Vormundschaft, vol. III, p. 238. Le scholiaste des Basiliques favorise cette interprétation; mais alors l'expression, sans parler de son incroyable obscurité, serait tout à fait impropre; car alors les tuteurs, *au moment où la tutelle leur est déférée*, se trouveraient sous la puissance d'un autre (positis deferuntur), et cela est impossible. — D'autres restreignent l'exception à la *capitis deminutio* résultant de la *datio in adoptionem*. Mühlenbruch, A. L. Z., 1835, n° 77, p. 609. Mais alors tout l'enchaînement logique du texte disparaît; car, après avoir posé une exception unique en apparence, plus loin il en ajouterait une seconde, et beaucoup plus importante. — D'autres lisent avec Haloander : *non* deferuntur, ce qui donne un sens à la fois simple et satisfaisant; et cette correction, comme toutes les leçons détachées d'Haloander, a plus de valeur qu'une simple conjecture. Huschke, Rhein. Museum, vol. VII, p. 68. De ces trois interprétations, la première et la dernière donnent un résultat identique, évident en lui-même, et conforme aux principes; la seconde présente un sens nouveau et très-peu vraisemblable. — Ulpien, XI, 9, parle trop brièvement, et en termes généraux, de chaque *legitima tutela*, sans faire mention des exceptions introduites par les *novæ leges*.

(*q*) Gaius, I, § 170.

telle ; car elle ne peut résulter que de l'arrogation, et le pupille tombe alors sous la puissance paternelle, incompatible avec la tutelle (*r*).

§ LXX. *Effets de la* capitis deminutio. (Suite.)

II. Droit des choses.

La propriété n'est pas détruite par la *cap. dem.* Les biens de l'arrogé passent, il est vrai, à son père adoptif ; mais cela confirme ce principe, loin de le contredire ; car si la propriété eût été détruite, l'arrogé n'aurait pu la transmettre (*a*). Le fils émancipé, qui sous l'empire de la puissance paternelle avait acquis un *castrense peculium,* le conserve malgré la *capitis deminutio.*

Les servitudes personnelles, c'est-à-dire l'*ususfructus* et l'*usus,* sont régies par d'autres principes ; mais quelques notions préliminaires sont indispensables pour les faire bien comprendre. Lorsqu'un individu dans une condition de dépendance au sein de la famille, un fils ou un esclave, recevait une servitude de ce genre, la servitude était acquise au père ou au maître. Mais alors s'élevait la question de savoir si la durée de la servitude tenait à la vie du fils ou de

(*r*) L. 2, de leg. tutor. (XXVI, 4) ; § 4, J. quib. mod. tut. (I, 22).

(*a*) C'est précisément ce que dit Gaius (III, § 83), par opposition à l'usufruit.

l'esclave et à leur état de dépendance. D'après l'opinion la plus accréditée, la servitude finissait par la mort ou l'émancipation du fils, par la mort, l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave. Justinien adopta l'opinion contraire, et le père ou le maître conservèrent, malgré tous ces changements, l'usufruit une fois acquis (*b*).

D'après l'ancien droit, toute *capitis deminutio*, même la *minima*, faisait finir l'usufruit; Justinien abolit cette règle quant à la *minima cap. dem.* (*c*). D'après l'ancien droit, les servitudes prenaient fin si l'usufruitier était arrogé, et alors l'usufruit ne passait pas comme la propriété au père adoptif (*d*). Il en était de même lors de l'émancipation du fils qui avait acquis l'usufruit à titre de *castrense peculium* (*e*) — L'anéantissement des servitudes personnelles est encore un principe spécial, et non une conséquence néces-

(*b*) Fragm. Vat., § 57; L. 5, § 1; L. 18, quib. modis us. (VII, 4); L. 15, 17, C. de usufr. (III, 33).

(*c*) L. 1, pr. quib. modis us. (VII, 4), c'est-à-dire, Fragm. Vat., § 61. — § 1, J. de adqu. per arrog. (III, 10). Ce texte est le seul où l'*usus* soit expressément nommé. — Gaius, III, § 83; Paulus, III, 6, § 29. — L. 16, § 2, C. de usufr. (III, 33); § 3, J. de usufr. (II, 4); L. 1, de usu et us. leg. (XXXIII, 2). (Dans ce texte, les mots *ex magna causa* sont interpolés.)

(*d*) Gaius, III, § 83 (*arrogatio* et *coemtio*); Paulus, III, 6, § 29 (*arrogatio* et *adoptio*; l'adoption appartient aux textes cités dans la note *b*).

(*e*) L. 16, § 2, C. de usufructu (III, 33).

saire du changement d'état; car, pour le *castrense peculium,* il semble qu'il aurait dû continuer en la personne de l'usufruitier; et pour l'arrogation, l'usufruit aurait dû naturellement passer au père adoptif, et être régi comme l'usufruit acquis postérieurement à l'arrogation. — J'exposerai, § 72, les règles relatives aux servitudes personnelles anomales (*habitatio* et *operæ*).

III. Droit des obligations.

Les effets de la *capitis deminutio* sur les créances sont en général peu sensibles; car en cas d'arrogation, elles passaient au père adoptif, et, d'un autre côté, elles ne pouvaient exister avant l'émancipation. Néanmoins, il est des cas où les créances de l'arrogé ne continuaient pas en sa personne, et ne passaient pas non plus au père adoptif, mais étaient anéanties par le seul fait de la *capitis deminutio*. Ainsi, l'*obligatio operarum,* contractée sous la foi du serment par un esclave affranchi, qui en principe était attachée au droit de patronage actuel et persistant (*f*), en cas d'arrogation, finissait avec le patronage lui-même (§ 69) (*g*). Cette règle s'appliquait sans doute aussi à la nouvelle créance résultant de la *litiscontestatio*, quand l'arrogé avait,

(*f*) L. 56, pr. de fidej. (XLVI, 1); L. 7, pr. de op. libert. (XXXVIII, 1).

(*g*) Gaius, III, § 83. — § 1, J. de adqu. per arrog. (III, 10).

avant son arrogation, introduit une demande par *legitimum judicium* (*h*). — Voici encore une anomalie que présente l'émancipation. Si le fils, sous l'empire de la puissance paternelle, avait fait une adstipulation, l'action était acquise au fils, mais sommeillait pendant la vie du père, et ne pouvait s'exercer qu'à sa mort. Si le fils venait à être émancipé, l'action était anéantie par la *capitis deminutio* (*i*).

Quant aux dettes, les effets spéciaux de la *cap. dem.* se dessinent bien nettement; car, d'après l'ancien droit, toute *minima cap. dem.* anéantit les dettes (*k*). Or, comme le fils soumis à la puissance paternelle pouvait s'obliger aussi valablement qu'un chef de famille (§ 67), il semblerait que la *capitis deminutio* n'aurait dû rien changer à cet égard. L'annulation des dettes nous apparaît donc comme un effet tout spécial (*l*). Ainsi, l'arrogé est libre de ses dettes,

(*h*) Gaius, III, § 83. Ce texte présente des lacunes. — Huschke, Studien, I, 277, donne une explication de cette matière, qui ne me paraît pas suffisamment justifiée.

(*i*) Gaius, III, § 114. Cf. § 67, notes *b* et *l*, § 74, note *h*.

(*k*) Gaius, IV, § 38, et III, § 84. Ce dernier texte avec l'excellente restitution de Göschen.

(*l*) Donellus, XXI, 5, § 22, et, comme lui, Glück, vol. VI, p. 26, regardent la *imaginaria servilis causa* qui accompagne l'émancipation comme le seul motif de l'abolition des dettes, et ils refusent cet effet à l'arrogation. Le texte de Gaius (note *k*) est la condamnation péremptoire de cette doctrine.

qui ne passent pas au père adoptif; l'émancipé en est également affranchi, bien qu'avant l'émancipation il pût s'obliger et même être poursuivi en justice (§ 67).

Néanmoins, ce principe important demande à être précisé et souffre plusieurs exceptions. D'abord, les dettes ne sont abolies que comme obligations *civiles*, c'est-à-dire en tant que donnant lieu à une action. La *naturalis obligatio* qui en fait la base, continue de subsister (*m*). — Mais le préteur, au moyen de la *restitution*, protégeait le créancier contre l'annulation de la *civilis obligatio* (*n*). Cette restitution permettait aux créanciers de poursuivre en justice l'arrogé et l'émancipé pour leurs dettes antérieures, et le préteur l'accordait toujours comme uniquement destinée à corriger l'application littérale trop rigoureuse de l'ancien droit civil. Il pouvait encore y avoir lieu à une autre espèce de restitution, si le contrat était postérieur à la *capitis deminutio* (*o*).

(*m*) L. 2, § 2, de cap. min. (IV, 5). Voy. plus bas note *o*.

(*n*) L. 2, § 1; L. 7, § 2, 3, de cap. min. (IV, 5); L. 2, de in int. rest. (IV, 1). — Gaius, III, § 84, IV, § 38. — Ces différents textes, et Paulus, I, 7, § 2, l'appellent expressément une restitution véritable; mais c'était une restitution anomale, bien différente, par exemple, de celle accordée aux mineurs. Voy. plus bas notes *w* et *x*.

(*o*) L. 2, § 2, de cap. min. (IV, 5) : « Hi, qui capite minuun-

Cette restitution a quelque chose d'énigmatique; car l'arrogé et l'émancipé pouvaient incontestablement s'obliger. Ulpien ajoute que cette restitution se présente rarement (*interdum*), et que pour l'arrogé elle est inutile, puisque celui-ci peut aussi bien que tout autre *filiusfamilias* contracter des obligations civiles (*p*); mais l'émancipé avait certainement la même capacité. Le cas exceptionnel dont parle Ulpien est celui d'une obligation contractée pendant la *mancipii causa*, et dans les derniers temps la *mancipii causa* n'était qu'un état transitoire. Un semblable contrat n'obligeait pas *civiliter* le fils plus tard émancipé (§ 67); mais le créancier devait s'imputer le dommage, car il aurait pu connaître la condition actuelle de son débiteur. Néanmoins, cette ignorance était quelquefois excusable (*interdum*), et alors on accordait la restitution (*q*).

« tur, ex his causis quæ capitis deminutionem præcesserunt, « manent obligati naturaliter : ceterum si postea imputare quis « sibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba hujus Edicti « pertinet. Sed *interdum*, si contrahatur cum his post capitis de- « minutionem, danda est actio. Et quidem, si adrogatus sit, « nullus labor : *nam perinde obligabitur ut filiusfamilias*. »

(*p*) Voy. la note précédente. — L'arrogation donnait encore lieu à une autre action, l'actio de peculio contre le père. L. 42, de peculio (XV, 1). Mais je ne parle ici que de l'action contre l'arrogé lui-même.

(*q*) Si l'on admet que le jurisconsulte exprimait formellement

Néanmoins, il y avait même, d'après l'ancien droit, certains cas où les dettes continuaient de subsister, ce qui rendait la restitution inutile. Ce sont : 1° les dettes résultant d'un délit (*r*) : ces dettes, même pour les esclaves, donnaient lieu à une action (§ 65); 2° les dettes résultant d'un dépôt, lorsque le débiteur, postérieurement à la *capitis deminutio*, se trouve encore en possession de la chose (*s*); 3° les dettes d'une succession recueillie par l'arrogé avant l'arrogation; car la succession passant au père adoptif, les

ce cas, et que les compilateurs ont effacé la mention de cette institution tombée en désuétude, l'obscurité de ce texte s'explique tout naturellement. — Cujas, Obs., VII, 11, rapporte ce texte au contrat fait par la femme *in manu,* dès lors incapable de s'obliger, et à la restitution introduite en faveur de la partie qui ignorait la condition de la femme. Cujas suppose que, d'après l'ancien droit, une *filiafamilias* ne pouvait pas être obligée, parce que l'*auctoritas tutoris* était impossible. J'ai réfuté cette doctrine dans l'appendice V, et avec elle tombe l'explication de notre texte. — Tout ce fragment a subi bien des fausses interprétations, et plus d'un soupçon mal fondé d'interpolation. Ces mots même : *nullus labor* (quant à l'arrogé, point de difficulté) pourraient bien n'être pas indignes du style d'Ulpien. Cf. Plinius, Hist. nat., XXVI, 72 : « Phreneticos somnus sanat.. « E diverso lethargicos *excitare labor est*, hoc præstante... « peucedani succo. »

(*r*) L. 2, § 3, de cap. min. (IV, 5) : « Nemo delictis exuitur, « quamvis capite minutus sit. »

(*s*) L. 21, pr. depos. (XVI, 3). Je montrerai, § 74, comment toutes ces exceptions dérivent du même principe. Voy. surtout § 74, notes *q*, *r*.

dettes y sont comprises *ipso jure* (*t*). Tels sont les seuls cas exceptionnels incontestables. A la vérité, plusieurs textes nous parlent de dettes civiles postérieures à la *capitis deminutio*, et parfois ils ajoutent que l'émancipé a contre ces actions l'*exceptio Sc. Macedoniani*, ou ce que l'on appelle le *beneficium competentiæ* (*u*). Mais tous ces textes impliquent déjà la restitution prétorienne qui en semblable matière ne se refuse jamais.

Voyons maintenant quelle place occupe cette doctrine dans la législation justinienne. La restitution prétorienne lui avait ôté depuis longtemps son importance pratique. Peut-être on objectera que souvent, par exemple, relativement aux mineurs, il y a un grand intérêt à ce que la validité (ou la nullité) de leurs actes s'opère de soi-même ou avec le secours de la restitution. Mais cette différence tient à deux causes. Ordinairement le préteur se réserve d'examiner l'affaire et de se déterminer selon les circonstances (*v*); ensuite la restitution est ordinairement soumise à de courtes prescriptions. Ici, au con-

(*t*) Gaius, III, § 84. Voy. plus haut note *k*.

(*u*) L. 2, pr.; L. 4, § 1; L. 5, pr.; L. 7, quod cum eo (XIV, 5); L. 9, C. eod. (IV, 26); L. 3, § 4, de minor. (IV, 4); L. 1, § 2, de Sc. Mac. (XIV, 6); L. 58, § 2, pro socio (XVII, 2). Cf. sur ce dernier texte, § 74, *c*.

(*v*) L. 1, § 1, de minor. (IV, 4) : « ... *uti quæque res erit*, « animadvertam. »

traire, l'action contre le *capite deminutus* s'accordait sans examen préalable (*w*), et elle ne se prescrivait jamais (*x*).

Justinien trouva donc l'ancienne règle de l'abolition des dettes par la *minima cap. dem.* dépourvue de tout intérêt pratique. Cette règle, loin d'être méconnue par sa législation, chose singulière, ne fut pas même exprimée, et nous ne la connaissons d'une manière directe et positive que par les institutes de Gaius. A la vérité, elle résulte implicitement de la législation justinienne, et il y avait inconséquence à admettre la restitution, sans mentionner l'ancienne règle qui seule la rendait nécessaire. Mais, en cela, les rédacteurs étaient fidèles à leur système de modifier le moins possible les matériaux du droit antérieur. Il leur suffisait que tous les textes des anciens jurisconsultes insérés dans le titre *de capite minutis* fussent vrais, quant à leur dernier résultat pratique, et ils le sont effectivement, quoique du reste leur forme ne se trouvât pas en harmonie complète avec l'ensemble de la législation.

La *maxima* et la *media cap. dem.* avaient sur les dettes un effet d'une nature toute différente. L'ancien débiteur était complétement libéré,

(*w*) L. 2, § 1, de cap. min. (IV, 5) : « ... judicium dabo, sans ajouter : causa cognita.

(*x*) L. 2, §, 5, eod. : « Hoc judicium *perpetuum est*, etc. »

mais la dette n'était pas éteinte; elle passait, comme les dettes d'une succession, au nouveau possesseur des biens, qui était ordinairement le fisc. Si par la suite le condamné obtient sa grâce et recouvre le droit de cité, jamais la restitution ne fait revivre ses anciennes dettes (*y*). Seulement, si, en obtenant sa grâce, il rentre dans ses biens, les actions de ses anciens créanciers renaissent directement et sans le secours de la restitution prétorienne (*z*).

IV. Droit de succession.

L'arrogation, la *maxima* ou la *media cap. dem.* d'un testateur rendent son testament *irritum* (*aa*). D'un autre côté, si le fils soumis à la puissance paternelle lègue son *castrense peculium*, son testament subsiste malgré l'émancipation (*bb*). Ainsi donc, on ne peut établir comme règle absolue

(*y*) L. 2, pr.; L. 7, § 2, 3, de cap. min. (IV, 5). — L. 30, de O. et A. (XLI, 7). — L. 47, pr. de fidejuss. (XLVI, 1). — L. 19, de duobus reis (XLV, 2). Cf., sur ce dernier texte, Schulting, notæ in Dig.

(*z*) L. 2, 3, de sent. passis (XLVIII, 23); L. 4, C. eod. (IX, 51).

(*aa*) Ulpian., XXIII, § 4; Gaius, II, 145. — § 4, J. quib. mod. test. (II, 17); L. 6, § 5-12, de injusto (XXVIII, 3). — Telles sont les dispositions du droit civil. Le préteur maintenait le testament, pourvu qu'avant sa mort le testateur eût été rétabli dans son ancien état. Ulpian., XXIII, § 6.

(*bb*) L. 6, § 13, de injusto (XXVIII, 3); L. 1, § 8, de B. P. sec. tab. (XXXVII, 11).

que la *minima cap. dem.* du testateur annule son testament.

La *minima cap. dem.* annule la succession *ab intestat*, quand elle est régie par la loi des XII Tables, mais non quand elle est régie par les lois postérieures (*cc*). Par conséquent, si de deux agnats il y en a un qui subisse la *minima cap. dem.*, ils ne peuvent plus hériter l'un de l'autre. De même, le patron perd son droit de succéder, si lui-même ou l'affranchi est atteint par la *minima cap. dem.* (*dd*). Au contraire, le droit de succession réciproque établi entre la mère et ses enfants, par les sénatus-consultes, continuait de subsister, soit que l'enfant ou la mère subît une *minima cap. dem* La *minima cap. dem.* n'influe pas davantage sur la succession prétorienne, si toutefois on excepte la *B. P. unde legitimi* en tant qu'elle dérive de la loi des XII Tables. — L'abolition de cet ancien ordre de succession était la conséquence nécessaire de la règle dont je viens de parler, d'après laquelle toute *minima cap. dem.* détruisait l'agnation et le patronage

(*cc*) Ulpian, XXVII, § 5. — L. 1, § 8, ad Sc. Tert. (XXXVIII, 17); L. 11, de suis (XXXVIII, 16); L. 1, unde legit. (XXXVIII, 7); L. 7, pr. de cap. min. (IV, 5); § 2, J. de Sc. Orphit. (III, 4).

(*dd*) Ce cas est mentionné expressément dans Ulpien, XXVII, 5; Gaius, III, § 51. — Cf. L. 2, § 2; L. 23, pr. de bon. lib. (XXXVIII, 2); L. 3, § 4, 5, de adsign. lib. (XXXVIII, 4).

même, comme conditions du droit de succéder d'après la loi des XII Tables.

Si l'on résume tout ce que j'ai dit sur les effets propres de la *capitis deminutio,* on voit que les plus importants sont l'abolition de l'agnation, du patronage, des servitudes personnelles et des dettes.

§ LXXI. *Des matières du droit anomal dans leurs rapports avec la capacité du droit et la* capitis deminutio.

Il existe dans le domaine du droit un assez grand nombre de matières auxquelles les règles posées précédemment sur la capacité du droit et sur la *capitis deminutio* sont plus ou moins inapplicables. Cela vient de ce que ces matières, semblables en la forme aux autres matières du droit, concernent moins l'homme considéré comme sujet du droit privé, que l'homme naturel ou politique; de sorte que leur action est jusqu'à un certain point étrangère à la capacité du droit. C'est dans le domaine du droit des biens que ces anomalies se présentent surtout en grand nombre et avec toute la plénitude de leurs effets. Souvent aussi elles permettent à l'incapable d'ester en justice, quand les principes généraux l'interdiraient; enfin, elles ont



diverses influences sur la condition du *filius-familias* et sur la *minima capitis deminutio;* mais hors de ce cercle elles s'étendent en outre à beaucoup d'autres cas.

Ici je dois avertir tout d'abord qu'on ne doit pas placer sur la même ligne ces diverses anomalies, et croire que là où elles se montrent elles excluent totalement l'application des principes généraux sur la capacité. Il s'agit plutôt d'établir une échelle de proportion qui nous permette d'apprécier ces différents cas, et de mesurer combien chacun d'eux, dans la limite de ses exigences particulières, s'éloigne des grands principes sur la capacité. Gardons-nous donc bien de trop généraliser, et disons que le caractère commun de ces anomalies comparées aux autres institutions du droit est d'avoir une *nature un peu moins juridique*. Voilà ce qu'exprime heureusement un jurisconsulte romain, en disant, à l'occasion d'une de ces anomalies : « *in facto potius quam in jure consistit* (a). »

En étudiant ces cas d'anomalie, on y découvre plusieurs caractères spéciaux qui en eux-mêmes n'ont pas un rapport immédiat avec la capacité du droit.

1° Tous ces droits, sauf peut-être une seule exception, ne passent pas aux héritiers de l'in-

(a) L. 10, de cap. min. (IV, 5).

dividu. En effet, les droits proprement dits, les droits des biens forment seuls la matière des successions. Si donc le sujet d'un de ces rapports de droit anomal vient à mourir, ce rapport inhérent à l'individu doit finir avec lui. — Mais on se tromperait beaucoup, si, renversant la proposition, on regardait comme ayant une nature moins juridique tous les rapports qui ne font pas partie de la succession.

La puissance paternelle, l'usufruit, la possession juridique ne passent pas aux héritiers, mais n'en sont pas moins des rapports de droit proprement dits, et dès lors soumis à toutes les règles sur la capacité.

2° Dans plusieurs de ces cas, et des plus importants, nous trouvons une *actio in æquum et bonum concepta;* partout au contraire où nous voyons une semblable action, l'anomalie existe et notamment annule les effets de la *capitis deminutio* (§ 72, *y*); mais ce dernier point a besoin d'être approfondi. — On considère ordinairement cette action comme basée sur les principes de la simple équité, sur le *jus gentium* et non sur les règles strictes du *jus civile* des Romains. Tel est effectivement le sens des mots *æquum et bonum* considérés en eux-mêmes; et quand on se demande quel est le fondement d'une semblable action, on ne peut en trouver d'autre. Si, par exemple, on dit, en parlant des

condictions : *ex æquo et bono habet repetitionem*, et : *ex bono et æquo introducta* (b), il faut évidemment reconnaître que les condictions appartiennent au droit des biens, se transmettent par succession, sont soumises à toutes les restrictions de la capacité, et n'ont par conséquent aucune relation avec les anomalies qui nous occupent. Mais la chose change de face si on demande quels sont les effets d'une action, quelle latitude, par exemple, est laissée au juge quant à l'objet et à l'étendue de sa décision. Ici l'ancienne jurisprudence romaine distingue trois degrés.

A. *Stricti juris judicium*, si l'objet de la demande est *certa pecunia*. Alors le préteur fixait par sa formule une somme que le juge ne pouvait ni augmenter ni diminuer; mais il devait en ordonner le payement, ou bien rejeter la demande.

B. *Bonæ fidei* et *arbitraria judicia*. La formule ne fixait alors aucune somme, mais en abandonnait la détermination à la prudence du juge, et cette latitude est également désignée par les mots *bonum et æquum* (c). Ici, néanmoins, le juge est

(b) L. 65, § 4; L. 66, de cond. indeb. (XII, 6).

(c) § 30, J. de act. (IV, 6) : « *ex bono et æquo* æstimandi. » — § 30, eod. : « permittitur judici *ex bono et æquo*... æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. » — Dans les actions *stricti juris*, le juge avait presque la même indépendance,

lié par l'objet même de la demande, et le montant de la condamnation ressort nécessairement du prix courant des choses. Si donc la somme n'est pas fixée par le préteur, mais par la nature du litige, il faut admettre que deux juges, également expérimentés, devront fixer le même chiffre.

C. Les actions qui nous occupent ont un caractère tout différent. Ici le juge n'est lié ni par le préteur ni par l'objet de la demande; son indépendance est tellement illimitée, qu'il est possible que deux juges, également intègres, également éclairés, fixent différemment le montant de la condamnation (*d*). Les textes dont le langage est le plus précis désignent ainsi cette latitude exceptionnelle : « *actio in bonum et æquum concepta.* » Au premier abord, on conçoit difficilement que l'addition du mot *concepta* ait une portée aussi étendue; mais plusieurs motifs confirment la réalité de cette distinction subtile en apparence. Le mot *concepta* prouve que la formule renvoyait littéralement au *bonum et æquum;*

quand l'objet de la demande était indéterminé (*in incertum*).

(*d*) Cela est surtout évident dans l'action d'injures (Gaius, III, § 224), où la détermination de la somme repose sur un sentiment subjectif, et n'a rien de commun avec les dommages et intérêts auxquels peut donner lieu un contrat de vente, par exemple. On verra plus bas d'autres cas ayant le même caractère de dissemblance, quoique moins prononcé.

ainsi la formule de l'*actio rei uxoriæ*, probablement la plus ancienne de ce genre, rendait cette idée en ces termes : *Quod æquius melius* (*e*). Plusieurs formules, pour différents cas successivement introduits par l'édit du préteur, emploient des expressions plus modernes : *Quanti æquum*, ou *quanti bonum æquum judici videbitur* (*f*). Ces mots ajoutés à la formule désignent cette latitude exceptionnelle du juge, et distinguent l'action des actions ordinaires *bonæ fidei* (*g*). Si donc, en droit romain, une action est représentée expressément comme *in æquum et bonum concepta*, l'anomalie que je viens d'expliquer ne saurait être douteuse. Néanmoins les anciens ne suivent pas toujours rigoureusement cette phraséologie (*h*); quelquefois aussi ils emploient

(*e*) Cicero, Top., C. 17 ; de Officiis, III, 15. On trouve des allusions littérales à ces termes de l'édit dans la L. 82, de solut: (XLVI, 3); L. 66, § 7, sol. matr. (XXIV, 3). — Sur l'analogie et la différence de cette action avec d'autres actions, cf. § 72, *ee*.

(*f*) Cette expression se trouve dans les passages suivants de l'édit : L. 1, pr. de his qui effud. (IX, 3) ; L. 42, de æd. ed. (XXI, 1) ; L. 3, pr. de sepulcro viol. (XLVII, 12).

(*g*) Si donc les Institutes (§ 29, de act., IV, 6) rangent parmi les *actiones bonæ fidei* l'*actio rei uxoriæ*, qui, à cause de ces mots : *æquius melius*, était *in bonum et æquum concepta*, il n'y a là aucune contradiction. En effet, toutes les règles relatives aux *actiones bonæ fidei* trouvaient ici leur application, sauf une plus grande liberté du juge.

(*h*) La dénomination de actio in bonum et æquum *concepta* ne

pour rendre la même idée des termes plus généraux et moins précis : « *Ex bono et æquo est*, ou bien *oritur* (*i*). Ces termes, dont j'ai signalé plus haut l'ambiguïté, ne suffisent pas alors pour établir le caractère d'anomalie de l'action, il faut le chercher dans d'autres circonstances (*k*).

s'applique qu'aux deux actions suivantes : 1° actio rei uxoriæ. L. 8, de cap. min. (IV, 5); 2° actio sepulcri violati. L. 10, de sepulcro viol. (XLVII, 12). — Or, toute action ayant ce caractère échappe aux effets de la *capitis deminutio;* c'est ce que dit expressément la L. 8, de cap. min. (IV, 5). Voy. § 72, note *y*.

(*i*) Ce sont : 1° l'action d'injures. L. 11, § 1, de injur. (XLVII, 10), et plusieurs allusions nous prouvent que les mots *bonum et æquum* étaient contenus dans la formule. L. 18, pr. eod.; L. 34, pr. de O. et A. (XLIV, 7); — 2° l'action de effusis. L. 5, § 5, de his qui effud. (IX, 3), et pour celle-ci nous savons directement, par le texte de l'édit, que sa formule renfermait ces expressions sacramentelles. L. 1, pr. eod. — Sous ce rapport, la *funeraria actio* est très-remarquable ; non-seulement elle dérive *ex bono et æquo*, mais le juge a en outre une grande latitude (L. 14, § 6, de relig., XI, 7). Ce n'était pourtant qu'une action relative aux biens, et elle ne rentre certainement dans aucune des anomalies que je viens d'énumérer; aussi n'était-elle pas in bonum et æquum *concepta*, et non-seulement cette expression ne se retrouve nulle part, ce qui pourrait être une circonstance purement accidentelle comme pour l'action d'injures, mais nous savons, par le texte de l'édit, que ce mot n'était pas contenu dans sa formule. L. 12, § 2, de relig., XI, 7.

(*k*) Cujas a très-bien reconnu le caractère propre à l'action *in bonum et æquum concepta,* sa différence de la simple action *bonæ fidei,* son rapport avec la formule *æquius melius*, et il assigne avec raison ce caractère à quatre actions : *de dote* (*rei uxoriæ*), *injuriarum*, *de effusis*, et *sepulcri violati*, ce qu'il reproduit presque littéralement dans le Comm. sur Paulus, ad

J'ai déjà dit qu'une grande partie des matières du droit anomal dont je m'occupe consiste en *actions*, et en actions que le *filiusfamilias* peut exercer exceptionnellement. Afin de mieux faire comprendre les applications particulières de ce principe, je crois devoir exposer le *droit d'action* du fils avec plus de détails que je ne l'ai fait dans le résumé général de sa capacité (§ 67). Le *filiusfamilias* peut être considéré :

I. Comme défendeur.

A. Comme défendeur en son nom personnel. Ici point de difficulté, car le fils de famille peut contracter des dettes, et être actionné en payement tout aussi bien que s'il était *sui juris* (§ 67).

B. Comme défendeur au nom de son père. Le fils peut, comme un étranger, recevoir procuration de son père (*l*), mais il ne peut pas plus qu'un étranger le représenter spontanément en justice. Ce serait donc une erreur de croire que le fils peut de lui-même exercer pour le père l'*actio de peculio*, dont il est l'intermédiaire. Le principe de cette action repose sur sa tête; mais, une fois née, elle lui devient étrangère, et est

edictum, à propos de la L. 9, de cap. min. (Opp., t. V, p. 161); mais il n'a pas donné à cette matière tous les développements qu'elle mérite, développements qui seuls peuvent la mettre dans son véritable jour.

(*l*) L. 8, pr. in f.; L. 35, pr. de proc. (III, 3).

complétement assimilée aux autres dettes de son père.

II. Comme défendeur.

A. Au nom de son père. Ici encore le fils peut, comme tout autre, recevoir la procuration de son père (note *l*) : hors ce cas, il n'a pas qualité pour le représenter en justice. Ainsi le pécule que le père donne à son fils n'implique nullement la faculté de soutenir devant les tribunaux les droits qui s'y rattachent (*m*). — Le fils peut quelquefois, et par exception, exercer une *utilis actio*, comme présumé fondé de procuration, si le père est absent et si les actions devaient s'éteindre ou être trop longtemps différées. Cette règle trouve notamment son application en cas d'action pour vol, violence corporelle, prêt, dépôt, mandat, surtout quand ces délits ou ces con-

(*m*) On voit une réminiscence remarquable de ce principe dans la L. 8, pr. C. de bonis quæ lib. (VI, 61). Pour le pécule dit *adventitium extraordinarium*, le fils ne pouvait intenter une action sans le consentement de son père; mais comme le père pouvait être contraint de donner son consentement, ce n'était plus qu'une simple formalité rappelant le souvenir de l'ancien droit. « Necessitate per officium judicis patri imponenda « tantummodo filio consentire, vel agenti, vel fugienti, *ne judi-* « *cium sine patris voluntate videatur consistere.* » Ces mots *vel fugienti* (défendeur), destinés au complément logique de l'idée, semblent ajoutés par inadvertance; car, même dans l'ancien droit, on pouvait intenter une action contre le fils, à l'insu du père, et même malgré lui. L. 3, § 4, de minor., IV, 4.

trats se rapportent à la personne du fils, et que lui-même a acquis ces actions à son père. Dans quelques-uns de ces cas, on ajoute comme considération subsidiaire que le fils lui-même pourrait souffrir du non-exercice de l'action, si, par exemple, il a prêté une somme d'argent destinée à un voyage, si on la lui a volée. Mais ce motif n'a rien de fondamental, et n'est nullement une condition de la règle (*n*). Dans ces différents cas on n'examine pas si l'origine de l'action se rattache ou non au pécule, et on n'avait pas besoin de déterminer rigoureusement les conditions essentielles de la capacité du fils, car il ne pouvait exercer ces actions sans le consentement du magistrat. Je n'ai pas besoin d'ajouter que le bénéfice résultant de ces actions était acquis au père.

B. En son nom personnel. Ce dernier cas est le seul qui appartienne au droit anomal dont je parle; mais le rapprochement des autres cas était indispensable pour le faire bien comprendre et le mettre sous son véritable jour. — Régulièrement, le fils ne peut intenter une action en son nom personnel, parce qu'il n'a personnellement aucun droit à protéger par une action (*o*). Il ne

(*n*) L. 18, § 1, de judic. (V, 1); L. 17, de reb. cred. (XII, 1).

(*o*) L. 13, § 2, quod vi (XLIII, 24) : « Idem ait, adversus « filiumfamilias in re peculiari neminem clam videri fecisse :

saurait revendiquer, car il n'est pas propriétaire; ni réclamer le payement d'une créance, parce qu'il ne peut être créancier. Cette incapacité résulte nécessairement de la position de fils de famille, et ne tient à aucune exclusion spéciale des affaires judiciaires. Aussi régulièrement ne peut-il intenter aucune action, même après la dissolution de la puissance paternelle, pour un fait accompli sous l'empire de cette puissance (*p*).

« namque si scit eum filiumfamilias esse, non videtur ejus ce-« landi gratia fecisse, *quem certum est nullum secum actionem* « *habere*. »

(*p*) Si, par exemple, un objet dépendant du pécule vient à être volé, l'*actio furti* appartient au père, et non pas au fils; car le droit seul du père est lésé, et l'émancipation ne change rien à ce principe. D'un autre côté, si le fils loue un cheval, et qu'on le lui vole, ni le droit du père, ni le droit du fils ne se trouve lésé; mais le fils étant tenu d'indemniser le propriétaire du cheval loué, l'*actio furti* lui appartient comme à un locataire *sui juris* (L. 14, § 16, de furtis, XLVII, 2); et, après la dissolution de la puissance paternelle, il peut lui-même intenter cette action, parce que sa dette vis-à-vis du propriétaire subsiste toujours (tant que dure la puissance paternelle l'action sommeille, parce que le père est sans intérêt. L. 14, § 10, de furtis, XLVII, 2). C'est ainsi qu'il faut interpréter la loi 58, de furtis (XLVII, 2) : « Si filiofamilias furtum factum esset, recte « is paterfamilias factus eo nomine aget. Sed et si res ei locata « subrepta fuit, paterfamilias factus ibidem agere poterit. » Le premier cas se rapporte évidemment au *peculium castrense*; car, du temps de Julien, c'était le seul cas où on pouvait dire qu'un vol eût été commis au *préjudice du fils*. Peut-être Julien avait-il exprimé cette distinction, et les compilateurs l'auront supprimée dans la pensée que, de leur temps, le fils pouvait

— Mais il y a plusieurs cas exceptionnels et importants où le fils peut agir en son nom personnel, et ce sont précisément les anomalies dont l'exposition détaillée exigeait ce préambule (*q*).

Il importe avant tout de bien distinguer ces cas exceptionnels de ceux où le fils n'agit pas en son propre nom, mais comme présumé fondé de procuration : c'est ce que les auteurs modernes ont confondu de plusieurs manières. Voici une distinction fondamentale entre ces deux espèces de cas. Lorsque le fils agit en son nom personnel, l'autorisation du magistrat, et surtout la contradiction du père, n'ont aucune influence, tandis que si le fils agit en vertu d'une procuration présumée, la volonté du père suffit

encore être propriétaire à d'autres titres. Voy. Cujas, Obs., XXVI, 5, passage reproduit presque littéralement, Recit. in Julianum, Opp., VI, 500.

(*q*) La L. 8, pr. de proc. (III, 3), parle de ces exceptions en termes généraux, « si quæ sit actio qua ipse experiri potest. » La L. 9, de O. et A. (XLIV, 7), les énumère de la manière suivante : « Filiusfamilias *suo nomine* nullam actionem habet, nisi injuriarum, et quod vi aut clam, et depositi, et commodati, ut Julianus putat. » Ces mots *suo nomine* excluent nettement les cas où il y a présomption de mandat. L. 18, § 1, de judic. (V, 1). Outre ces quatre actions, on verra bientôt que plusieurs encore appartiennent au fils *suo nomine*. Comment expliquer cette contradiction? Sans doute pour les quatre actions dont parle Julien, le principe a été généralement reconnu plutôt que pour les autres.

évidemment pour arrêter l'action (q[1]). Si une de ces actions exceptionnelles mène à un droit des biens, par exemple, au payement d'une somme d'argent, cette somme est toujours acquise au père, quoique le fils ait pu agir et ait effectivement agi en son nom personnel.

Je dois cependant mentionner une difficulté qu'offrait la procédure ancienne. Dans la plupart des formules, le demandeur était représenté comme investi d'un droit ; par exemple, *si paret hominem ex jure quiritium Auli Agirii esse*, ou bien *si paret N. Negidium A. Agerio*, SSX *millia dare oportere*. La première de ces formules représente le demandeur comme propriétaire, la seconde comme créancier ; or, ces deux qualités étaient en principes incompatibles avec la con-

(q[1]) A la vérité la L. 18, § 1, de jud. (note *n*), ne dit pas expressément que le fils agit comme mandataire de son père, mais cela résulte évidemment des circonstances suivantes : 1° les mots *suo nomine* de la L. 9, de O. et A., se rapportent à certains cas spéciaux rigoureusement déterminés, tandis que, dans la L. 18 cit., le droit du fils est reconnu de la manière la plus générale, et on se contente d'en citer quelques applications; 2° d'après la L. 18 cit., le fils n'agit valablement que dans un cas : « si non sit qui patris nomine agat ; » il est exclu si le père nomme un mandataire, et à plus forte raison s'il repousse son intervention ; 3° ce mandat présumé n'est qu'une application d'un semblable mandat conféré à plusieurs parents ou alliés (L. 35, pr. de proc.), et si on l'exprime formellement pour le fils, si on en donne les motifs, c'est que dans la règle le fils ne pouvait figurer comme demandeur (note *o*).

dition de fils de famille. Cette difficulté était tellement grave, que le fils, qui pouvait acquérir pour son père au moyen de la mancipation, ne le pouvait au moyen de la *in jure cessio,* parce que ce moyen d'acquérir reposait sur une revendication symbolique (*r*). Comment donc concilier avec ce principe l'action exceptionnelle du fils? On le faisait de deux manières : 1° au moyen d'une formule *in factum concepta*, où l'on donnait pour condition du jugement, non pas l'existence d'un droit, mais d'un fait. Peut-être cette espèce de formule a-t-elle été imaginée en vue de ces anomalies; du moins, chose digne de remarque, Gaius donne plusieurs exemples de la formule *in factum concepta*, qui en même temps se rapportent aux cas exceptionnels où le fils agit *suo nomine* (*s*). 2° On tranchait la difficulté

(*r*) Gaius, II, § 96.

(*s*) Gaius, II, § 46, 47. — Par là s'explique la L. 13, de O. et A. (XLIV, 7) : « In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt « exercere. » On a souvent cru que ce texte reconnaît au fils le droit d'exercer *toutes* les actions *in factum,* ce qui serait en contradiction avec la L. 9, eod. (voy. note *q*), qui n'accorde au fils que l'exercice de certaines actions déterminées, bien que leur énumération ne soit pas complète dans cette loi. Mais voici le sens de la L. 13 cit. : La formule *in factum concepta* n'est pas un mode de procédure qui interdise aux fils de famille l'exercice de ces actions; ils peuvent donc employer ce mode de procédure, si toutefois ils sont habiles à intenter l'action elle-même. A ces actions s'applique aussi, mais non pas exclusi-

d'une manière encore plus péremptoire quand l'affaire, au lieu d'être renvoyée par une *formula* à un *judex*, était déférée à la *extraordinaria cognitio* d'un magistrat (*t*). Le premier moyen ne pouvait s'appliquer qu'aux actions exceptionnelles du *filiusfamilias;* le second était susceptible de beaucoup plus d'extension; ainsi, par exemple, il servait pour toutes les actions anomales des esclaves, dont je vais parler tout à l'heure.

Ce que je viens de dire sur la capacité du *filiusfamilias* d'agir en justice est vrai sans distinction de sexe pour les fils et pour les filles (*u*).

vement, le principe : in facto potius quam in jure consistit (note *a*).

(*t*) L. 17, de reb. cred. (XII, 1) : « extraordinario judicio » (note *n*).

(*u*) Le fils et la fille ont également capacité pour contracter des dettes. Voy. appendice V. — Quant au droit spécial d'intenter une action, la L. 8, pr. de proc. (III, 3), met le fils et la fille absolument sur la même ligne. Cette assimilation se retrouve aussi dans la L. 3, § 4, commod. (XIII, 6), où le second membre : cum filio autem familias, etc., n'a pas été reproduit pour la fille, uniquement parce que le jurisconsulte pensait que le lecteur suppléerait de lui-même cette répétition. Si Ulpien eût voulu faire à cet égard une distinction entre les deux sexes, il se fût sans doute exprimé autrement. — En général, les femmes ne peuvent accepter un mandat judiciaire (L. 1, § 5, de postul., III, 1). La fille peut, par exception, représenter son père en justice (causa cognita), et quand le père n'a pas pu trouver d'autre procureur. L. 41, de proc. III, 3).

Jusqu'ici j'ai envisagé cette matière sous le point de vue de l'ancien droit. Les modifications apportées dans la suite aux effets de la puissance paternelle ont introduit dans cette partie du droit de grands changements dont je m'occuperai plus tard.

§ LXXII. *Des matières du droit anomal dans leurs rapports avec la capacité du droit et la* capitis deminutio. (Suite.)

Après avoir défini la nature de ces anomalies (§ 71), il me reste à examiner leurs différents cas, et on peut les diviser en quatre grandes classes.

I. Droits ayant directement pour objet l'entretien de la vie physique.

La propriété et les obligations menant à la propriété nous fournissent les moyens d'arriver au but de notre volonté; mais quant à la détermination de ce but, quant au choix des moyens, notre liberté reste entière. Lorsque, précédemment (§ 53), j'ai défini les biens comme une extension de la puissance de l'individu, cette définition impliquait une liberté illimitée dans le choix du but et des moyens. La valeur de la monnaie à laquelle tous les biens peuvent se réduire fait parfaitement ressortir ce rapport; car l'argent monnayé, inutile en lui-même, n'a de

signification que comme moyen d'obtenir une fin indéterminée, c'est-à-dire comme extension absolue de puissance. Or, il y a des droits qui, tout en satisfaisant aux besoins de notre nature, suppriment la liberté dans le choix des moyens, ou du moins la restreignent de façon à nous mettre sous une espèce de tutelle. C'est pour les droits de cette espèce que les restrictions générales de la capacité sont annulées ou au moins modifiées. Un exemple rendra la chose sensible. Si on veut donner à un indigent sa nourriture, on peut payer chaque mois une certaine somme pour qu'il ait le droit d'aller prendre ses repas dans une auberge. Ce serait là un droit anomal; la bienfaisance aurait un caractère de tutelle. On pourrait aussi remettre chaque mois la même somme à l'indigent, ce qui lui permettrait d'atteindre le même résultat. Mais, dans ce cas, sa liberté ne serait pas enchaînée, il pourrait changer la destination de cet argent, l'employer mieux ou plus mal, vivre à moins de frais et distribuer le reste en aumônes ou le dissiper au jeu. En parlant des obligations qui ont ce caractère d'anomalie, un jurisconsulte romain dit avec beaucoup de justesse : *naturalem præstationem habere intelliguntur* (*a*). En d'autres termes, elles ont pour but une prestation naturelle,

(*a*) L. 8, de cap. min. (IV, 5).

la satisfaction immédiate d'un besoin à l'exclusion de la liberté que laisse la donation d'une somme d'argent. Ainsi donc les auteurs modernes se trompent quand ils rapportent les expressions de ce texte au *jus gentium*, à la *bona fides*, ou à une *naturalis obligatio;* cette dernière interprétation est réfutée par le texte même, car il parle d'une obligation donnant lieu à une *actio* (*civilis obligatio*).

Voici maintenant les diverses institutions qui composent cette classe de droits.

A. Legs d'aliments.

Le mot *aliment*, pris ici dans sa signification rigoureuse, désigne les moyens de satisfaire les besoins du corps, la protection contre la faim et le froid, c'est-à-dire la nourriture, les vêtements, l'habitation, ce qui exclut tout autre ordre d'idées, notamment ce qui tient aux jouissances intellectuelles et à la culture de l'esprit (*b*). Cette définition donne seule un résultat uniforme et général, car les besoins corporels sont les mêmes chez tous les hommes, malgré les différences que peut présenter la manière de les satisfaire. Aussi les Romains font en ce point la plus grande déviation aux principes sur la ca-

(*b*) L. 6, de alim. leg. (XXXIV, 1) : « Legatis alimentis ci« baria, et vestitus, et habitatio debebitur, *quia sine his ali cor« pus non potest;* cætera, *quæ ad disciplinam pertinent,* legato « non continentur. »

pacité, car ces droits peuvent compéter à l'esclave et survivre à la *maxima capitis deminutio*. Voici maintenant comment cela doit s'entendre : si un legs d'aliments est fait à un esclave ordinaire, il n'y a lieu à aucune exception : le maître profite de la nourriture de son esclave ; il l'acquiert par son intermédiaire comme toute autre propriété léguée à celui-ci, et là aucune déviation aux règles sur la capacité du droit (*c*). Mais voici les cas où se montre l'anomalie. D'abord au sujet de l'esclave sans maître. Le *servus pœnæ* est habile à recueillir un legs d'aliments, et la *maxima capitis deminutio* n'en dépouille pas l'homme libre, qui l'a une fois recueilli. Toute autre legs fait à un *servus pœnæ* serait nul, car il est personnellement incapable de le recevoir, et il n'a pas de maître à qui le transmettre (*d*). — L'anomalie se montre encore

(*c*) L. 42, de condit. (XXV, 1) : « ... si cibaria servis Titii « legentur, procul dubio domini est, non servorum legatum. » L. 15, § 1, de alim. leg. (XXXIV, 1).

(*d*) L. 3, pr. § 1, de his quæ pro non script. (XXXIV, 8) : « Si in « metallum damnato quid *extra causam alimentorum* relictum « fuerit, *pro non scripto est* (ainsi donc le legs est valable quant « aux aliments), nec ad fiscum pertinet : natu pœnæ servus est « non Cæsaris et ita D. Pius rescripsit, etc. » L. 11, de alim. leg. (XXXIV, 1) : « Is cui annua alimenta relicta fuerant, in « metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est. Res- « pondi, eum *et prædentium annorum recte cepisse alimenta*, « et sequentium deberi ei. » Les *præcedentes anni* sont les années écoulées antérieurement à la restitution et pendant l'esclavage,

dans certains cas où le maître, qui, en principe, peut laisser son esclave souffrir de la faim, est, par exception, tenu de le nourrir, si l'affranchissement de l'esclave ou sa tradition à un autre maître est assurée pour l'avenir (*e*). — On ne sait pas exactement comment ces règles étaient appliquées. Cela se faisait sans doute extraordinairement, par l'entremise du magistrat, dans la même forme que les fidéicommis, et ces règles sont probablement postérieures au temps où l'on reconnut la validité des fidéicommis (*f*).

non les années écoulées avant la condamnation : il n'y avait pas alors matière au moindre doute.

(*e*) L. 17, de alim. leg. (XXXIV, 1); L. 16, de annuis leg. (XXXIII, 1) : « Servus post decem annos liber esse jussus est, « legatumque ei ex die mortis domini in annos singulos relictum « est : eorum quidem annorum, quibus jam liber erit, legatum « debebitur : *interim autem heres ei alimenta præstare com-* « *pellitur*. » Ce dernier cas est surtout remarquable et instructif. Le legs d'une rente annuelle était un legs ordinaire que l'esclave n'avait pas capacité de recueillir; aussi, pendant tout le temps que dure l'esclavage, on convertit, d'après l'intention évidente du testateur, la rente annuelle en un legs d'aliments que l'esclave était habile à recevoir, et son maître est tenu de le lui délivrer.

(*f*) Ces mots de la L. 17, de alim. leg. (XXXIV, 1), « offi- « cio *judicis*, » ne peuvent rendre cela douteux, car dans la L. 3 eod., on lit : Solent *judices* ex causa alimentorum libertos dividere, et cependant l'ensemble du texte et son inscription prouvent qu'il s'agit ici des consuls. (Cf. § 1, J. de fid. her., II, 23). Peut-être a-t-on choisi l'expression générale de *judex* comme embrassant à la fois les consuls et le préteur fidéicommissaire. Toujours est-il que, d'après les règles de la procédure

Voici un autre cas qu'il ne faut pas confondre avec le legs d'aliments, malgré leur apparence extérieure de similitude. Le legs d'une rente périodique (*annuum, menstruum legatum*) est identique au legs d'une somme d'argent, car le légataire, à la différence d'un legs d'aliments, peut disposer des arrérages avec une liberté absolue. Un semblable legs n'appartient donc pas au droit anomal, et l'esclave n'avait pas capacité pour le recueillir (*g*). Nous voyons néanmoins que la *capitis deminutio* laisse subsister ce legs (*h*), mais d'après un principe tout autre que celui adopté en matière d'aliments. Le legs d'une rente annuelle était considéré comme formant autant de legs distincts et indépendants les uns des autres. Ainsi, par exemple, l'émancipation du légataire ne l'empêchait pas de recevoir les arrérages à échoir, considérés comme autant de legs non encore déférés (*i*). La rente annuelle était

ordinaire, l'esclave ne pouvait comparaître devant le *prætor urbanus*.

(*g*) D'après la L. 3, de his quæ non scr. (note *d*), un legs fait à un esclave et excédant les aliments est absolument nul, par conséquent aussi l'*annuum legatum*. — Dans le cas de la L. 16, de ann. leg. (note *e*), l'*annuum legatum* fait à un esclave a besoin, pour devenir valable, d'être transformé en un legs d'aliments.

(*h*) L. 10, de cap. min. (IV, 5); L. 8, L. 4, de ann. leg. (XXXIII, 1.)

(*i*) Je n'examine pas si les jurisconsultes romains eux-mêmes n'ont pas quelquefois négligé cette distinction. On pourrait le

entièrement assimilée au legs d'un usufruit qui, par exception, continuait de subsister malgré la *capitis deminutio*, si le testateur avait répété sa disposition pour plusieurs années, soit dans le cas de déchéance par suite de la *capitis deminutio*, soit en ajoutant la fixation d'un délai quelconque, par exemple dix ans, ou bien la vie du légataire (*k*). Un pareil usufruit ne formait pas un droit anomal, il était soumis aux règles générales sur la capacité du droit, et les legs à venir, non encore déférés, échappaient seuls aux effets de la *capitis deminutio*.

B. Legs de l'*habitatio* et des *operæ*.

Le mot *habitatio* désigne le droit d'avoir un abri dans un bâtiment déterminé, et forme ainsi partie intégrante des aliments (note *b*). Le grand principe qui domine la matière (*in facto potius*

croire d'après la L. 10, de cap. min. (IV, 5) : « Legatum in « annos singulos, vel menses singulos relictum, vel si habitatio « legetur, ... capitis deminutione...... interveniente perseverat, « *quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit.* » Ce principe désigne précisément les matières du droit anomal (§ 71). En effet, il s'applique à l'*habitatio*, comme on le verra tout à l'heure, de même aussi à un legs d'aliments, mais non à un *annuum legatum*. Néanmoins on ne saurait dire si cette critique atteint les anciens jurisconsultes eux-mêmes. Peut-être en détachant ce fragment du texte original, les compilateurs en ont-ils faussé le sens.

(*k*) L. 1, § 3; L. 2, § 1; L. 3, pr. § 1, quib. mod. ususfr. (VII, 4); L. 8, de ann. leg. (XXXIII, 1); Fragm. Vat., § 63, 64.

quam in jure consistit) devait naturellement trouver ici son application, et soustraire l'*habitatio* aux règles générales sur la capacité, et aux effets de la *capitis deminutio*. Ce dernier point est le seul que nous trouvions formellement exprimé, et précisément avec indication du motif que cette institution est plutôt de fait que de droit (*l*). Voici comment on envisageait la chose. Celui qui veut conférer à un autre le bénéfice de l'habitation peut le faire de diverses manières. Il peut lui donner l'argent nécessaire pour acheter ou pour louer une maison, il peut encore lui donner la propriété ou l'usufruit d'une maison; dans tous ces cas, même celui de l'usufruit, le légataire conserve une entière liberté, car il peut louer la maison dont il est usufruitier, et dissiper le prix de la location. Celui même qui n'a qu'un droit d'usage (*usus*) peut donner à bail la partie du bâtiment qu'il n'occupe pas. Mais si le testateur restreint son legs au bénéfice de l'habitation proprement dite, alors cet acte de bienfaisance a la plus grande analogie avec le payement de la nourriture dont j'ai parlé plus haut; c'est une donation partielle d'aliments soumettant le donataire à une tutelle rigoureuse, qui lui ôte toute faculté de disposer; en d'autres

(*l*) L. 10, de cap. min. (voyez plus haut note *i*); L. 10, pr. de usu (VII, 8).

termes, c'est une *naturalis præstatio* que la *capitis deminutio* pouvait très-bien ne pas atteindre (*m*). L'explication que je donne n'a rien de contradictoire avec les extensions bienveillantes que ce legs reçut dans la suite. Ainsi les jurisconsultes assimilèrent l'*habitatio* à l'*usus*, Justinien l'assimila à l'*ususfructus* (*n*). A côté de cette dernière modification, on conserva le principe de l'ancien droit sur l'exclusion de la *capitis deminutio;* mais c'est une inconséquence du législateur; car si primitivement on eût envisagé l'*habitatio* comme un *usus* ou *ususfructus ædium,* il n'y avait pas de motif pour distinguer l'*habitatio* de tout autre *usus* ou *ususfructus,* et pour lui attribuer un caractère moins juridique.

Nous retrouvons le même ordre d'idées dans la matière des *operæ,* c'est-à-dire le droit de recevoir les services d'un esclave déterminé. Ce droit pouvait dériver de la propriété ou de l'usufruit; c'était alors un rapport rigoureusement juridique; de même que l'*habitatio,* il pouvait

(*m*) Thibaut, Abhandlungen, n. 2, prétend que, dans le langage usuel, *habitatio* désigne un logis donné comme aumône à un indigent; que dès lors on assimila l'*habitatio* aux aliments, et que par pure charité on exclut l'effet de la *capitis deminutio.* Dans la plupart des cas, *habitatio* peut avoir le sens que lui donne Thibaut, mais ce n'était jamais qu'une circonstance accidentelle, et l'idée de droit a un tout autre fondement.

(*n*) L. 10, pr. de usu (VII, 8); L. 13, C. de usufructu (III, 33); § 5, J. de usu (II, 5).

aussi constituer une *naturalis prœstatio*. A la vérité, il est plus difficile d'établir une distinction entre les *operæ* et l'*usus* d'un esclave; d'ailleurs, ce besoin n'est pas aussi impérieux que celui de l'habitation, et ainsi les *operæ* ne font pas rigoureusement partie intégrante des aliments. Mais chez les Romains le service d'un esclave était pour un homme libre une habitude si impérieuse, que sans doute on fut conduit à mettre sur la même ligne l'*habitatio* et les *operæ* (o). Plus tard, ce droit assimilé à l'usufruit devint en outre transmissible par succession; mais ce sont là des faits historiques dont nous ignorons la raison (p). — Jamais il n'est fait mention de l'*habitatio* et des *operæ* qu'à propos des legs; nous n'avons donc aucun motif de croire que ces droits pussent être constitués autrement (q).

(o) L. 2, de op. serv. (VII, 7).

(p) L. 2, de usu leg. (XXXIII, 2). Des quatre droits que je viens d'énumérer, celui-ci paraît le seul qui passe aux héritiers, mais sous sa nouvelle forme, et non d'après le principe qui constitue l'anomalie. — Dans ce cas, d'autres n'admettent que la faculté de l'*usus*, L. 5, de op. serv. (VII, 7). — Voilà sans doute à quel besoin pratique répondait cette idée. Par là un déporté pouvait recevoir ou conserver les services d'un esclave, tandis qu'il était incapable d'acquérir ou de conserver la propriété, l'*ususfructus* ou l'*usus*.

(q) La forme rigoureuse et purement juridique de la *in jure cessio*, comme moyen d'acquérir ce droit, n'eût pas été en harmonie avec la nature de cette institution. Si le propriétaire se

C. Le droit de la femme sur sa dot.

Le caractère essentiel de cette institution importante tient en grande partie à son caractère de droit anomal; les auteurs modernes ont négligé de l'étudier sous ce point de vue, et cet oubli a occasionné ou confirmé la plupart de leurs erreurs. Sa nature de droit anomal se montre aussi bien pendant le mariage qu'après sa dissolution.

Pendant le mariage, la dot est partie intégrante des biens du mari, nullement des biens de la femme. Le mari a la propriété des biens dotaux *ex jure quiritium* et *in bonis* (r); si le donateur n'était pas propriétaire, il prescrit *pro dote;* il peut les revendiquer même contre la femme, si celle-ci les détient (s); il peut les vendre et à la femme elle-même (t); et si le droit positif, la loi Julia, lui défend d'aliéner les immeubles dotaux, la possibilité et la nécessité de

réservait, en aliénant sa maison, le droit de l'habiter, c'était alors un *usus* ordinaire et non le droit spécial de l'*habitatio,* L. 32, de usufr. (VII, 1). — On ne dit pas si ce droit donnait lieu à une action. Ce ne pouvait être tout au plus qu'une action *in factum concepta;* par exemple : si paret habitationem legatam Gaio esse, etc.

(r) L. 75, de j. dot. (XXIII, 3) : « Quamvis *in bonis mariti* « *dos sit,* mulieris tamen est... quamvis *apud maritum dominium sit,* » etc. Gaius, II, § 63.

(s) L. 21, de act. rer. amot (XXV, 2.)

(t) L. 58, sol. matr. (XXIV, 3).

cette défense est la meilleure preuve de sa propriété. D'un autre côté, on dit que la dot appartient à la femme, qu'elle est son *patrimonium* (*u*). Cette contradiction apparente ne s'explique que par le caractère d'anomalie qui fait la base de cette institution. Le mari est propriétaire de la dot; mais il supporte les charges du mariage, parmi lesquelles figure en première ligne l'entretien de la femme. Celle-ci a donc la jouissance de la dot, mais sans action actuelle, sans autre garantie que l'ensemble des relations établies par la vie conjugale. Sa jouissance de la dot est donc une *naturalis præstatio,* dont on peut dire avec raison : « In facto potius quam in « jure consistit. » Justinien exprime cette idée en ces termes : « cum eædem res et ab initio uxoris « fuerint, et *naturaliter in ejus permanserint do-* « *minio*. Non enim, quod *legum subtilitate transitus* « *earum in patrimonium mariti* videatur fieri, ideo « rei veritas deleta vel confusa est (*v*). » Ce texte ne se rapporte nullement, comme plusieurs le pensent, à la distinction entre le *ex jure quiritium* et *in bonis,* ou bien à une nouvelle division de la propriété; c'est la reproduction du principe : « In facto potius quam in jure

(*u*) L. 75, de j. dot. (voyez note *r*); L. 3, § 5, de minor. (IV, 4).

(*v*) L. 30, C. de j. dot. (V, 12).

« consistit. » La femme jouit en fait de sa dot, et il est très-naturel que la puissance paternelle ou la *capitis deminutio* n'exercent aucune influence sur cette jouissance de fait (*w*). Ce principe nous explique également les destinées spéciales des biens dotaux. Si le mari est soumis à la puissance paternelle, le père est propriétaire de la dot; mais elle ne suit pas le sort de ses autres biens. En effet, que le fils soit émancipé, donné en adoption ou déshérité, ou qu'après la mort du père il vienne au partage de ses biens, la dot demeure distincte du patrimoine paternel et suit constamment le mari, inséparable des charges du mariage (*x*).

Après la dissolution du mariage, succèdent à cet état de choses des obligations qui forment la matière de l'ancienne *actio rei uxoriæ*, et dans cette action se retrouve le caractère primitif de la dot, ou plutôt il s'y montre dans toute sa clarté. Comme cette obligation a sa fin et sa base dans une *naturalis præstatio*, même après la dissolution du mariage en vue d'une seconde union, cette action est en grande partie soustraite aux règles restrictives de la capacité et aux

(*w*) Aussi la femme mariée *sua heres* de son père doit-elle rapporter sa dot. L. 1 pr. § 8, de dotis coll. (XXXVII, 7).

(*x*) L. 1, § 9, de dote præleg. (XXXIII, 4); L. 46; L. 20, § 2; L. 51, pr. fam. hercis. (X, 2); L. 45, de adopt. (I, 7), rapprochée de la L. 56, § 1, 2, de j. dot. (XXIII, 3).

effets de la *capitis deminutio* (*y*). Voici diverses applications de ce principe : si le mari subit une *capitis deminutio,* d'après les règles générales du droit, ses dettes sont annulées (§ 70, *k*); mais celles relatives à la dot continuent de reposer sur la tête du mari (note *x*), et jamais on n'a besoin de recourir à la restitution comme pour les autres créances. La femme placée sous la puissance paternelle non-seulement peut arrêter par une déclaration de volonté l'exercice de l'*actio uxoriæ,* quoique toujours appartenant au père (*z*); elle peut en outre exercer quelquefois cette action, au nom de son père, quand ce dernier est frappé d'aliénation mentale ou empêché par toute autre cause (*aa*); en son nom personnel et même contre la volonté du père, quand le père mène une vie déshonorante (*bb*). Si la femme est éman-

(*y*) L. 8, de cap. min. (IV, 5) : « Eas obligationes, quæ « naturalem præstationem habere intelliguntur, palam est capitis « deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura cor- « rumpere non potest. *Itaque* de dote actio, *quia in bonum et* « *æquum concepta est,* nihilominus durat etiam post capitis de- « minutionem. » Ici il n'est directement question que de la *capitis deminutio*, et d'après le même motif l'incapacité de droit primitive est souvent sans influence.

(*z*) L. 22, § 1; L. 3, sol. matr. (XXIV, 3); Ulpian., VI, § 6; Fragm. Vat., § 269.

(*aa*) L. 22, § 4, 10, 11, sol. matr. (XXIV, 3); L. 8, pr. de proc. (III, 3).

(*bb*) L. 8, pr. de proc. (III, 3).

cipée, son action, loin d'être anéantie par la *capitis deminutio;* lui est au contraire dévolue exclusivement et sans restrictions (*cc*). Il y a plus : la *media capitis deminutio* résultant de la déportation ne lui ôte pas pour l'avenir l'exercice de ce droit (*dd*). — La formule de l'*actio rei uxoriæ* est *in bonum et æquum concepta* (§ 71, *e*), et les Romains eux-mêmes regardaient l'emploi de cette forme comme intimement lié à la nature du droit anomal (note *y*). Ici le *bonum et æquum* ou le *æquius melius* a dans la pratique une importante signification; il accorde au juge plus de latitude que pour les autres *bonæ fidei actiones;* ainsi notamment le juge peut et doit empêcher qu'une des parties s'enrichisse par l'imprévoyance de l'autre, ce qui n'est pas absolument interdit quand il s'agit d'autres obligations (*ee*).

(*cc*) L. 44, pr.; L. 22, § 5, sol. matr. (XXIV, 3); L. un., § 11, C. de rei ux. act. (V, 12). — L. 9, de cap. min. (IV, 5): « Ut « *quandoque* emancipata agat, c'est-à-dire que l'émancipation soit antérieure ou postérieure à la dissolution du mariage; et ce dernier cas était important à exprimer, car alors l'action reposait déjà sur la tête du père. La décision de la L. 9 est évidemment la conséquence de la L. 8, mais ce n'est pas la seule, et l'on se tromperait beaucoup si l'on restreignait l'application du principe contenu dans la L. 8 à l'espèce de la L. 9.

(*dd*) L. 5, de bonis damn. (XLVIII, 20).

(*ee*) L. 6, § 2; L. 12, § 1, de j. dot. (XXIII, 3); L. 9, § 1, de minor. (IV, 4). Cette dernière loi ne doit pas être restreinte aux femmes mineures, comme le montre le rapprochement des textes qui précèdent et dont les expressions sont absolument

Chose remarquable, Justinien a conservé dans leur intégrité presque toutes les anomalies spéciales à cette institution ; le seul changement qu'il y ait apporté est d'avoir rendu transmissible par succession l'action qui était autrefois exclusivement personnelle à la femme, et voilà comment il accomplit cette innovation : à l'ancienne *actio rei uxoriæ* il substitua une *actio ex stipulatu,* qui de sa nature se transmet par succession.

D. Actions en aliments entre proches parents.

Le droit d'intenter cette action est réciproque entre les ascendants et les descendants. Les règles générales sur les restrictions de la capacité et la *capitis deminutio* sont ici sans influence ; car le fils a cette action contre son père pendant la durée de la puissance paternelle et après l'émancipation, de sorte qu'elle subsiste malgré la *capitis deminutio* (*ff*). Réciproquement le père a sans contredit la même action contre le *filiusfamilias,* si celui-ci possède un *peculium castrense,* ou ce qu'on appelle *peculium adventitium*

semblables. L. un., C. si adv. dotem (II, 34). — Si le juge a ici plus de latitude que dans la plupart des autres actions, cette latitude n'est cependant pas illimitée et comparable à celle qu'il a dans certaines actions du même genre. S'il s'agit, par exemple, de l'*actio injuriarum*, la fixation de l'indemnité est abandonnée à la prudence du juge ; dans l'*actio rei uxoriæ*, elle est déterminée par la dot.

(*ff*) L. 5, § 1, de agnoscendis (XXV, 3).

extraordinarium. — Les textes ne disent pas expressément que cette action soit *in æquum et bonum concepta;* mais elle l'est en réalité; car le juge, appelé à apprécier les besoins du demandeur et les facultés du défendeur, a évidemment plus de latitude que dans la plupart des actions (*gg*). — Au reste, je dois faire remarquer que le mot aliment est pris ici dans un sens plus large que quand il s'agit d'un legs d'aliments (note *b*), et comprend notamment la satisfaction des besoins intellectuels (*hh*). D'un autre côté, l'anomalie est beaucoup moindre dans un cas que dans l'autre. Ainsi, l'action en aliments n'exclut que la puissance paternelle et la *minima capitis deminutio*, tandis que s'il s'agit d'un legs d'aliments, l'esclavage même et la *maxima capitis deminutio* n'empêchent pas l'exercice du droit.

E. Action des filles contre le père à raison de leur dot (*ii*). La puissance paternelle ne fait aucun obstacle à l'exercice de ce droit, elle en est

(*gg*) L. 5, § 2, 7, 10, de agnosc. (XXV, 3). C'est-à-dire, sauf un léger changement de rédaction, ex æquitate hæc res descendit. Ici la latitude accordée au juge ressemble beaucoup à celle de la *funeraria actio*, et cette dernière action n'était pas in bonum et æquum concepta. Cf. § 71, note *i*. — Néanmoins la demande en aliments n'était sans doute pas un *ordinarium judicium*, mais une *cognitio extraordinaria* confiée à un magistrat. Zeitschrift für Gesch. Rechtsw., vol. VI, p. 238.

(*hh*) L. 5, § 12, de agnosc. (XXV, 3).

(*ii*) L. 19, de ritu nupt. (XXIII, 2).

même la condition. Du reste, cette matière a un grand fond d'analogie avec la précédente, puisque la dot n'est en réalité qu'une forme particulière, sous laquelle le père fournit des aliments à sa fille. L'action dotale n'était pas une action ordinaire, elle se poursuivait *extra ordinem* par-devant le magistrat. Ce point de droit, qui pour l'action en aliments n'est qu'une supposition, est ici une certitude.

§ LXXIII. *Des matières du droit anomal dans leurs rapports avec la capacité du droit et la* capitis deminutio. (*Suite.*)

II. Actions ayant pour objet la *vindicta* (*).

Les actions dérivant d'une violation du droit (quæ pœnæ causa dantur) sont susceptibles de plusieurs degrés. Les unes ont uniquement pour but le redressement de la violation, par exemple l'*actio doli,* qui se borne à indemniser la partie victime de la fraude. D'autres attribuent à la partie lésée un bénéfice, *pœna,* tantôt seul comme dans l'*actio furti,* tantôt joint à la réparation du dommage comme dans la *vi bonorum raptorum*

(*) Au sujet de ces actions, on lit dans les sources du droit : « Ad ultionem pertinet, in sola vindicta constitutum est, vindictam continet. L. 6, 10, de sepulcro viol. (XLVII, 12); L. 20, § 5, de adqu. vel om. her. (XXIX, 2). Les auteurs modernes disent : Actiones quæ vindictam spirant. Cf. Burchardi, Grundzüge der Rechtssystem der Römer, p. 231, qui nie à tort la similitude de ces actions.

actio. D'autres, enfin, se rapportent également au droit des biens; mais, à la différence des deux premières espèces, non comme but, comme moyen; leur but est la *vindicta*. Or, ce mot ne doit pas s'entendre dans le sens ordinaire du mot vengeance, la satisfaction de notre ressentiment par le mal d'autrui, mais la réparation du droit violé en notre personne; et ici le citoyen concourt à l'action que l'État exerce au moyen du droit criminel (*a*). Les règles générales relatives à la capacité et à la *capitis deminutio* souffrent en cette matière des exceptions nombreuses, parce que ces actions touchent plutôt l'homme naturel que l'homme juridique (le sujet des biens). Elles répondent directement à un besoin moral, comme les actions de la première classe répondent aux besoins de la vie physique. Les actions ayant pour but la *vindicta* sont :

A. *Actio injuriarum*. Si un *filiusfamilias* est offensé, ce seul fait constitue deux offenses, l'une envers le père comme protecteur de son fils, l'autre envers le fils lui-même. Chacune de ces offenses donne lieu à une action en réparation, qui d'ordinaire se résout en une somme d'argent. L'action du fils est la seule dont je m'occupe ici. Régulièrement, cette action ap-

(*a*) L. 1, § 5; L. 41, de injur. (XLVII, 10); L. 30, pr. de pactis (II, 14); L. 39, § 3, 4, de proc. (III, 3).

partient au père, comme toute autre action acquise par l'intermédiaire du fils, et la volonté de celui-ci ne saurait en arrêter l'exercice. Le fils peut exceptionnellement intenter l'action avec l'autorisation du préteur, si le père absent ou empêché n'a pas nommé de procureur, et même contre la volonté du père, si l'avilissement de ce dernier étouffe en lui tout sentiment d'honneur (*b*). En cas d'émancipation, l'action appartient exclusivement au fils, et dès lors n'est pas éteinte par la *capitis deminutio* (*c*); mais l'argent que le *filiusfamilias* reçoit à ce titre revient incontestablement au père, de sorte que l'action du fils présente un caractère mixte. En effet, il agit *suo nomine* à cause de la *vindicta*, et comme représentant son père à cause de l'indemnité à réclamer. Ce caractère mixte de l'action justifie les grandes restrictions apportées à son exercice; mais si l'injure est tellement grave qu'elle rentre dans les prévisions de la loi Cornélia, toute restriction disparaît, et le fils a une liberté d'agir illimitée (*d*).

(*b*) L. 17, § 10-14, § 17, 20; L. 11, § 8, de injur. (XLVII, 10); L. 9, de O. et A. (XLIV, 7); L. 8, pr. de proc. (III, 3); L. 30, pr. de pactis (II, 14).

(*c*) L. 17, § 22, de injur. (XLVII, 10).

(*d*) L. 5, § 6, de injur. (XLVII, 10). — Au reste cette action, « etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est. » L. 42, § 1, de proc. (III, 3).

L'*actio injuriarum* ordinaire tendant à une indemnité pécuniaire, dont je m'occupe en ce moment, est *in bonum et æquum concepta* (*e*); car la fixation de la somme à accorder tient à un sentiment subjectif et est essentiellement arbitraire. Elle ne passe pas aux héritiers et ne fait pas partie des biens, toutefois jusqu'au moment où elle est réellement introduite (*f*).

B. *Actio sepulcri violati.*

Ceux qui ont droit de demander réparation de la violation d'un tombeau sont d'abord tous ceux que la chose intéresse personnellement, les enfants du défunt, alors même qu'ils ont renoncé à la succession, et les héritiers. Leur action est une pure *vindicta*, tendant au payement d'une somme dont la fixation est arbitraire, par conséquent *in bonum et æquum concepta* (*g*), et

(*e*) La L. 11, § 1, de injur. (XLVII, 10), dit simplement : « ex bono et æquo est. » Considérés en eux-mêmes, ces mots sont équivoques (§ 71), mais les allusions de la L. 18, pr. eod., et de la L. 34, pr. de O. et A. (XIV, 7), montrent clairement qu'ils faisaient partie de la formule de l'édit, et cela est en outre confirmé par l'appréciation illimitée des dommages-intérêts.

(*f*) L. 13, pr.; L. 28, de injur. (XLVII, 10). Aussi l'abandon de cette action n'entraîne aucune aliénation ou diminution des biens, de même que l'abandon de la *querela inofficiosi*. L. 1, § 8, si quid in fraud. patr. (XXXVIII, 5), rapproché du § 7, eod.

(*g*) L. 3, pr.; L. 6, 10, de sep. viol. (XLVII, 12); L. 20, § 5, de adquir. hered. (XXIX, 2).

dès lors soustraite aux effets de la *capitis deminutio* (*h*). Si les intéressés négligent d'intenter l'action, tout citoyen peut s'en emparer; mais elle perd alors ses caractères spéciaux, et la somme est fixée à cent *aurei*.

C. *Actio de effusis*. Si la chute d'un objet jeté d'une maison porte préjudice à un homme libre, celui-ci a droit de réclamer une indemnité pécuniaire indéterminée. Cette action, qui a pour objet la *vindicta*, ne passe pas aux héritiers, et sa formule est *in æquum et bonum concepta;* aussi n'est-elle pas soumise aux effets de la *capitis deminutio* (*i*).

D. L'action pour blessures faites par des animaux dangereux n'a lieu que si le propriétaire de l'animal est coupable de négligence. Cette action est *in æquum et bonum concepta*, et a

(*h*) D'après la règle générale contenue dans la L. 8, de cap. min. (IV, 5), qui assigne ce caractère à toute action *in æquum et bonum concepta*. Voici l'espèce de cette loi. Le défunt laisse un *suus* qui s'abstient de la succession, puis se fait arroger; dans ce cas, il conserve l'action. S'il ne se fût pas abstenu, le père adoptif serait devenu héritier par l'intermédiaire de l'adopté, et l'action lui appartiendrait (ad quem ea res pertinet).

(*i*) L. 5, § 5, de his qui effud. (IX, 3). Les expressions générales de ce texte : ex bono et æquo *oritur*, ne prouveraient rien (§ 71), si dans le texte de l'édit qui nous a été conservé on ne lisait : quantum ob eam rem *æquum judici videbitur*. L. 1, pr. eod.

les mêmes caractères que la précédente (*k*).

E. *Interdictum quod vi aut clam*. Cette action est au nombre de celles que le *filiusfamilias* exerce en son nom personnel (*l*). En effet, cette action, ayant la *vindicta* pour objet, tend à la réparation de l'atteinte portée violemment à la didignité personnelle (*vi factum*), et le fils, quoique placé sous la puissance paternelle, peut être victime d'une semblable violence (*m*). Là, il ne s'agit pas d'un droit à une chose, dont le fils demandeur serait incapable (*n*), ou d'une absence matérielle de droit dans la personne du défen-

(*k*) L. 42, de ædil. ed. (XXI, 1) : « quanti bonum æquum judici videbitur. » Cf. § 1, J. si quadr. (IV, 9).

(*l*) L. 9, de O. et A. (XLIV, 7); L. 19; L. 13, § 1, quod vi (XLIII, 24).

(*m*) L. 13, § 1, 2, quod vi (XLIII, 24). Ce texte remarque expressément que le fils peut souffrir de la violence, *vi*, mais non de la ruse, *clam*, n'ayant pas d'action que la ruse puisse éluder, c'est-à-dire l'interdit contre le *vi factum* appartient au père et à son fils; l'interdit contre le *clam* n'appartient qu'au père. — La *capitis deminutio* n'entraînait certainement pas pour le fils la perte de son action.

(*n*) L. 13, § 5; L. 12, quod vi (XLIII, 24). — C'est donc à tort que plusieurs auteurs (par exemple, Burchardi, Archiv für civ. Praxis, vol. XX, p. 33) attribuent au fils les interdits possessoires : l'*interdictum quod vi* n'avait nullement ce caractère. En effet, les interdits possessoires ont pour condition la *possessio* juridique, rapport de fait par son origine, mais par ses conséquences assimilé à un droit (Savigny, Besitz, § 5, 6); or le fils de famille n'a pas la capacité de ce rapport. Si le fils est expulsé d'un *fundus peculiaris*, cette expulsion donne au père l'interdit,

deur (*o*). Le *filiusfamilias* peut aussi profiter indirectement de l'interdit qui ordonne le rétablissement de l'état de choses changé avec violence (*p*); quand, par exemple, le fils habite une maison appartenant à son père ou louée à un étranger, et qu'un voisin gêne sa jouissance par des constructions. Mais, si un procès s'engage, qui finalement se résout en une indemnité pécuniaire proportionnée au dommage (*q*), alors cette indemnité, comme celle résultant de l'*actio injuriarum,* revient au père de famille. L'action ayant un but déterminé, le rétablissement de l'ancien état de choses, ou une indemnité, n'est donc pas *in æquum et bonum concepta* (*r*).

F. Action contre un affranchi par suite d'une *in jus vocatio*.

et le fils n'a pas plus de droit à la réintégration qu'il n'en aurait à la revendication du père. Voici le motif de cette différence : l'*interdictum quod vi* a pour but la *vindicta ; l'interdictum de vi,* aussi bien que la revendication, a pour but la poursuite d'un intérêt privé ordinaire.

(*o*) L. 1, § 2, 3, quod vi (XLIII, 24).

(*p*) L. 1, pr. § 1, quod vi (XLIII, 24).

(*q*) L. 15, § 12, quod vi (XLIII, 24).

(*r*) Mais il est certain que l'interdit, aussi bien que l'*actio injuriarum*, ne passe pas aux héritiers. La L. 13, § 5, quod vi (XLIII, 24), qui semble contredire ce principe, s'applique au cas spécial où l'acte coupable est postérieur à la mort du défunt, mais antérieur à l'adition d'hérédité ; alors l'*actio injuriarum* est dévolue aux héritiers. L. 1, § 6, de injur. (XLVII, 10).

L'affranchi ne pouvait, sans une autorisation spéciale du préteur, citer en justice son patron ou ses enfants, et la violation de cette défense donnait lieu à une indemnité de cinquante *aurei*. Le fils, ainsi assigné en l'absence de son père, pouvait, comme dans le cas d'injure, agir personnellement contre l'affranchi (*s*).

G. *Querela inofficiosi*.

Cette action, quoique toute relative au droit des biens, rentre dans le domaine du droit anomal; mais c'est un point qui veut être traité séparément et avec détails.

Si un testament passe sous silence les héritiers naturels du défunt, ou en fait une mention insuffisante, on peut croire que les héritiers ont mérité ce traitement par une conduite coupable ou par défaut de tendresse. Si cette présomption est mal fondée, elle porte une atteinte injuste à leur honneur (*t*), et ils ont pour la repousser les voies de droit suivantes. Ils peuvent atta-

(*s*) L. 12, de in jus voc. (II, 4). L'action avait pour but la *vindicta* et ne passait pas aux héritiers (L. 24, eod.); mais à cause de la détermination de son objet, elle ne pouvait être *in bonum et æquum concepta*. Gaius, IV, § 46, dit positivement que dans ce cas il y avait lieu à une *formula in factum concepta*, dont l'expression admettait le fils de famille comme demandeur.

(*t*) Cela est appelé *injuria*, L. 4; L. 8, pr. de inoff. test. (V, 2). — Aussi *indignatio*, L. 22, pr. eod. — « Totum *de meritis filii* agitur. » L. 22, § 1, eod.

quer le testament comme *inofficiosum ;* s'ils prouvent leur allégation, on suppose que le testament a été dicté par une passion aveugle, voisine de la démence (*u*); on l'annule, la succession s'ouvre *ab intestat*, et l'innocence des héritiers du sang est publiquement et solennellement reconnue. — La chose ainsi envisagée, la *querela inofficiosi* fait partie du droit anomal au même titre que l'*actio injuriarum*. Si, en effet, un *filiusfamilias* est oublié dans le testament de sa mère ou de son aïeul maternel, cet oubli est pour lui une chose personnelle bien plus encore que l'*actio injuriarum,* quoique la plainte puisse avoir pour résultat de transférer la succession au père. Aussi ce dernier ne peut-il intenter cette action contre la volonté du fils, ni la continuer après sa mort (*v*). Le fils, au contraire, peut former sa plainte quand même son père, nommé dans le testament, ne voudrait pas l'attaquer, c'est-à-dire contre la volonté du père (*w*).

(*u*) L. 2, 4, 5, de inoff. test. (V, 2).

(*v*) L. 8, pr. de inoff. test. (V, 2). — Ici le droit du fils, injustement exclu, d'empêcher l'action du père est semblable à celui de la fille dans le cas de l'*actio rei uxoriæ,* par rapport aux réclamations que le père exerce contre le mari ou contre ses héritiers (§ 72, *z*).

(*w*) L. 22, pr. § 1, de inoff. test. (V, 2). — Mais le père ne peut être contraint d'accepter l'hérédité, et alors la succession ab intestat une fois définitivement ouverte est dévolue à d'autres qu'au plaignant; ce qui arrive encore dans d'autres circonstances,

Il est donc hors de doute que la *capitis deminutio* du fils n'annule pas cette action, fondée sur des considérations purement morales.

La *querela inofficiosi* ne passe pas aux héritiers (x) : c'est une conséquence de sa nature; mais la formule de cette action ne pouvait être *in æquum et bonum concepta*, puisqu'elle avait un objet parfaitement déterminé. Néanmoins, le juge avait ici une grande indépendance, non quant à la quotité de la condamnation, comme dans les autres actions de ce genre, mais quant à l'appréciation des motifs de la plainte, car il s'agissait alors de juger la conduite morale du demandeur, et il ne pouvait y avoir là-dessus des règles aussi précises que sur d'autres matières.

Il y a eu très-anciennement de nombreuses controverses sur la nature de la *querela inofficiosi*, controverses qui se renouvellent encore aujourd'hui. Les uns la regardent comme une *actio in rem*, et comme un cas particulier de la *hereditatis petitio*. D'autres n'y voient pas une action proprement dite, mais le préliminaire

L. 6, § 1, eod.; néanmoins le fils a atteint son but, car son honneur a reçu publiquement satisfaction.

(x) L. 6, § 2; L. 7; L. 15, § 1, de inoff. test. (V, 2). — En général elle n'est pas *in bonis*; et, de même que pour l'action d'injures, celui qui y renonce ne diminue pas ses biens. (Voy. plus haut, note *f*.)

d'une action; et récemment des auteurs modernes l'ont qualifiée de *actio in personam* (*y*). Ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette question; mais on pourrait trouver moyen de concilier tous les systèmes, par la distinction que j'ai établie entre le but direct de la plainte et son but plus éloigné, mais non moins essentiel, qui lui donne son caractère distinctif. Cette distinction résout l'opposition la plus tranchée des différents systèmes. Je vais, à cet effet, résumer brièvement l'ensemble de la matière. Le parent exclu veut par la cassation du testament devenir héritier *ab intestat ;* il fait donc une pétition d'hérédité qui, sans contredit, appartient exclusivement au droit des biens. Mais le véritable but de sa plainte est la réparation publique et solennelle de son honneur, compromis par le testament : ici le plaignant attaque le testateur pour avoir porté atteinte à sa considération, et le but de sa plainte est la *vindicta*. Celui qui intentait une *actio injuriarum* poursuivait aussi la réparation de son honneur, et, sous ce rapport, les deux actions ont une fin commune. Le moyen d'arriver à cette fin est, dans l'une, la demande d'une somme d'argent; dans l'autre, une pétition d'hérédité *ab intestat,* que doit

(*y*) Cf. Klenze, Querelæ inoff. test. natura. Berol., 1820. Mühlenbruch Forts. von Glück., vol. 35, § 1421, *e*.

ouvrir une décision judiciaire. Ainsi donc, ce qui constitue le caractère propre et essentiel de ces deux actions, c'est la différence existant entre leur but final et le moyen de droit employé immédiatement pour y parvenir.

H. Toutes les *populares actiones*.

Par ces actions le demandeur réclame une somme d'argent, mais au nom d'un intérêt public (*z*), de sorte qu'il agit alors comme homme politique, non comme sujet du droit privé (§ 71). Si le fait qui donne lieu à l'action populaire blesse en même temps certains individus, et que ceux-ci veuillent exercer l'action, ils ont droit de préférence (*aa*); l'action populaire prend alors un caractère mixte et perd son caractère spécial (*bb*). Plusieurs des actions énumérées dans le présent paragraphe admettent cette modification, par exemple l'*actio sepulcri violati* (B). Mais s'il n'existe pas de parties ainsi intéressées, ou qu'elles ne se présentent pas, chaque citoyen peut introduire l'action au nom de l'ordre public, et il agit comme représentant l'État, mais sans être tenu de fournir la caution

(*z*) L. 1, de pop. act. (XLVII, 23) : « Eam popularem actionem dicimus, quæ suum jus populi tuetur. »

(*aa*) L. 3, § 1, de pop. act. (XLVII, 23); L. 42, pr. de proc. (III, 3); L. 45, § 1, eod.

(*bb*) Voyez note *cc*.

exigée d'un procureur ordinaire *(cc)*. Le *filiusfamilias* a qualité pour exercer une action de ce genre *(dd)*, et celui qui subit la *minima capitis deminutio* ne perd pas cette capacité; car il ne cesse pas d'être *unus ex populo*. Le droit d'intenter une action publique ne fait partie des biens qu'après la *litis contestatio;* elle devient alors ce qu'elle n'était pas auparavant, une obligation véritable *(ee)*, et la propriété de la somme ainsi obtenue est acquise au père par le *filiusfamilias*. — Les actions populaires pures ne sont pas *in æquum et bonum conceptæ;* elles ont, au contraire, pour objet une somme invariablement déterminée, ce qui, du reste, répond au caractère de généralité d'un droit accessible pour tous.

(cc) Voy. plus haut, note *z*. — L. 43, § 2, de proc. (III, 2) : « In popularibus actionibus, ubi quis *quasi unus ex populo agit*, « defensionem ut procurator præstare cogendus non est. » Son assimilation à un procureur l'empêche de se nommer à lui-même un procureur (L. 5, de pop. act.; L. 42, pr. de proc.). De même encore cette plainte est interdite à tous ceux en général qui ne peuvent accepter de procuration (L. 4, 6, de pop. act.). Mais tout cela change si le plaignant a aussi un intérêt privé, c'est-à-dire si la plainte n'est pas purement populaire. LL. cit., et L. 45, § 1, de proc. (III, 3).

(dd) De même, le fils de famille peut figurer comme plaignant dans un procès criminel. Les lois 6, § 2, et 37, ad L. Jul. de adult., ne restreignent pas ce droit au cas d'adultère.

(ee) L. 7, § 1, de pop. act. (XLVII, 23); L. 12, pr. de verb. sig. (L. 16); L. 32, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2); L. 56, § 3, de fidejuss. (XLVI, 1).

Les *interdicta publica* ou *popularia* (*ff*), la *operis novi nunciatio* introduite *publici juris tuendi gratia* (*gg*), ont la même nature que les *populares actiones*, sauf qu'elles n'ont pas pour objet la condamnation à une peine pécuniaire.

Tous ces droits ont un caractère commun, la latitude laissée à leur exercice, et par exception aux règles générales sur la capacité du droit.

§ LXXIV. *Des matières du droit anomal dans leurs rapports avec la capacité du droit et la* capitis deminutio. (*Suite.*)

Les rapports formant la troisième classe d'anomalies sont en eux-mêmes des rapports de fait; mais leur liaison intime avec certains droits leur prête un caractère juridique.

A. Société.

La société est la réunion persistante de plusieurs personnes en vue d'un but commun; réunion où l'on a surtout égard aux qualités naturelles de l'homme, à son intelligence et à sa droiture. La société elle-même diffère donc essentiellement des obligations sociales donnant

(*ff*) L. 1. pr,. L. 2, § 1, de interd. (XLIII, 1); L. 2, § 34, ne quid in loco (XLIII, 8), L. 1, § 9, ne quid in flum. (XLIII, 13).

(*gg*) L. 1, § 16, 17; L. 4; L. 5, pr. de op. novi nunc. (XXXIX, 1).

lieu à l'*actio pro socio*. Ainsi, quand un *filiusfamilias* entre dans une société, le contrat continue de subsister après son émancipation, de même que l'arrogation ne dissout pas le contrat pour le transférer au père adoptif (*a*). Ainsi, la *minima capitis deminutio* n'exerce aucune influence sur la société; la *maxima* et *media*, entraînant une espèce de mort civile (§ 69), dissolvent toujours la société (*b*). Quant à l'*actio pro socio*, elle suit les règles ordinaires du droit. Le père du fils émancipé ne peut être poursuivi en vertu de cette action que pour les actes antérieurs à l'émancipation et seulement *de peculio*. Le fils peut être également poursuivi pour les actes antérieurs et postérieurs (*c*). Le droit

(*a*) L. 58, § 2; L. 65, § 11, pro socio (XVII, 2).

(*b*) L. 63, § 10, pro socio (XVII, 2). Gaius, III, § 153. Quand donc la L. 4, § 1, eod. s'exprime ainsi : « Dissociamur « renuntiatione, morte, *capitis minutione*, et egestate, » on doit, malgré la généralité de ces expressions, sous-entendre *maxima* vel *media*. Haloander lit : *maxima* cap. dem., introduisant une partie de cette pensée dans le texte; ce que blâme Augustinus, emend. III, 6. Néanmoins, ce pourrait être la véritable vulgate, du moins c'est la leçon de l'éd. Jenson s. a., et de l'éd. Koberger, 1482; les manuscrits éclairciraient ce point. Au reste, je préfère à cette leçon le texte des Florentines, car l'addition du seul mot *maxima* exclurait la *media cap. dem.* contre tous les témoignages rapportés précédemment.

(*c*) L. 58, § 2, pro socio (XVII, 2). Quant aux actions contre le fils, fondées sur des causes antérieures, il faut naturellement sous-entendre la restitution. Cf. § 70, *u*.

d'exercer les actions résultant des faits antérieurs appartient exclusivement au père, même après l'émancipation, car ces droits lui étaient irrévocablement acquis; mais le fils exerce toutes les actions dont l'origine est postérieure à l'émancipation.

Un esclave peut être membre d'une société, et lui-même n'est pas obligé; mais l'*actio pro socio* résultant de ses actes est dirigée contre son maître, comme *actio de peculio* ou *quod jussu* (*d*); de même aussi contre chaque tiers, qui, ayant employé l'esclave pour les besoins de la société, est considéré comme ayant lui-même agi par cet intermédiaire. L'aliénation de l'esclave dissout la société, et les actes extérieurs qui semblent la continuer appartiennent en réalité à une société nouvelle (*e*).

La différence essentielle qui existe entre la société elle-même et les obligations sociales peut seule nous expliquer comment la société ne se transmet pas par succession, tandis que les obligations sociales passent aux héritiers comme toutes les obligations.

B. Mandat et *negotiorum gestio*. Le mandat, de sa nature, ressemble à la société. Ainsi, comme dans la société, les rapports de fait non trans-

(*d*) L. 18; L. 58, § 3; L. 63, § 2; L. 84, pro socio (XVII, 2).

(*e*) L. 58, § 3, pro socio (XVII, 2).

missibles par succession, et tenant en grande partie aux qualités naturelles de l'homme, se distinguent des obligations résultant du mandat, qui donnent lieu à la *mandati actio*, et ne diffèrent en rien des autres obligations. La *negotiorum gestio* a précisément les mêmes caractères que le mandat.

Des principes établis ci-dessus, il résulte que le fils peut recevoir de son père un mandat véritable (*f*), bien qu'il ne puisse exister entre eux d'obligations civiles proprement dites (§ 67). Si le fils mandataire d'un étranger vient à être émancipé, le mandat subsiste toujours, malgré la *capitis deminutio* (*g*). Si un étranger charge un fils de famille de contracter pour lui une adstipulation, l'action résultant de ce contrat n'est pas acquise au père; car sa personne n'a pas été prise en considération, et dans la personne même du fils cette action sommeille, car les sommes ainsi obtenues reviendraient au père. Le fils ne peut donc agir qu'après être sorti de la puissance paternelle et sans *capitis deminutio*, puisque la *capitis deminutio* annulerait l'action résultant de l'adstipulation (*h*).

L'esclave peut aussi figurer comme manda-

(*f*) L. 8, pr. in f.; L. 35, pr. de proc. (III, 3). Voy. plus haut, § 71.

(*g*) L. 61, mandati (XVII, 1).

(*h*) Gaius, III, § 114. Voy. plus haut, § 67, *l*, et § 70, *i*.

taire ou *negotiorum gestor*, et la manumission ne change rien à l'une ou l'autre qualité. Mais les tiers n'ont d'action contre l'esclave que pour les faits postérieurs à l'affranchissement, et non pour les faits antérieurs; car les actes contractuels d'un esclave ne donnent lieu à aucune action (§ 65). Ce principe souffre néanmoins exception, quand les actes antérieurs étant inséparables des actes postérieurs, la même action les réunit tous (*i*).

C. *Actio depositi*.

Ulpien dit que le *filiusfamilias* peut souvent agir au nom de son père absent, comme présumé fondé de procuration, toutefois avec l'autorisation spéciale du préteur; et il cite comme exemples, mais non en termes restrictifs, les actions résultant d'un vol, d'un dommage, d'un mandat, d'un prêt, et aussi de l'*actio depositi* (*k*). D'un autre côté, Paul énumère un certain nombre d'actions exceptionnelles, que le fils peut exercer *en son nom personnel*, c'est-à-dire tant en présence qu'en absence du père, sans avoir besoin de son consentement ni de celui du préteur; et parmi ces actions exceptionnelles figure l'*actio depositi* (*l*), décision confirmée par un

(*i*) L. 17, de negot. gestis (III, 5). Voy. plus haut, § 65, et appendice IV, note *n*.

(*k*) L. 18, § 1, de judic. (V, 1). Voy. plus haut, § 71, *n*.

(*l*) L. 9, de O. et A. (XLIV, 7). Voy. plus haut, § 71, *q*.

autre texte d'Ulpien lui-même (*m*). Ces deux facultés, en soi très-différentes (§ 71), se trouvant mentionnées à l'occasion de l'*actio depositi*, et en partie par les mêmes jurisconsultes, il y a là une contradiction apparente que peut seule résoudre la distinction suivante. Quand le fils confie à la garde d'un tiers un objet dont la propriété appartient au père, par exemple une dépendance de son *peculium*, l'*actio depositi* appartient au père comme intéressé à recouvrer la chose ou sa valeur en argent. Alors le fils ne peut agir que comme procureur de son père, et c'est à ce cas, sans doute le plus ordinaire, que se rapporte le premier texte d'Ulpien. Mais le dépôt peut être constitué de telle manière que le père n'y ait aucun intérêt légal; si, par exemple, l'objet du dépôt a été loué, prêté ou confié au fils, ou si le fils l'avait volé. Ce dernier a pour intenter l'action deux intérêts étrangers au père; en effet, dans plusieurs cas, celui du louage ou du commodat par exemple, il a intérêt à recouvrer la détention matérielle de la chose ou son usage, et cela, ne faisant pas partie des biens, est étranger au père. Puis, dans tous les

(*m*) L. 19, depositi (XVI, 3) : « Julianus et Marcellus putant « filiumfamilias depositi recte agere posse. » Ici évidemment le mot *depositum* a un sens particulier, et bien différent de celui que lui donne Ulpien lui-même, L. 18, § 1, de jud. (note *k*), lorsqu'il le cite à côté de plusieurs autres et par forme d'exemple.

cas énumérés plus haut, le fils est obligé à restituer la chose ou sa valeur, obligation qui n'atteint pas le père. Or, en principe général, le déposant, le voleur, etc., ayant contre celui à qui ils ont confié la chose l'*actio depositi* (*n*), le fils doit alors avoir une action personnelle, et c'est aux cas de cette nature que se rapportent le texte de Paul et le second texte d'Ulpien, qui ne contredit nullement le premier. Si l'action ne se résout pas directement par la restitution de la chose, mais par une indemnité pécuniaire, cet argent est acquis au père, qui peut en disposer à son gré. D'un autre côté, en employant la somme à désintéresser le tiers, vis-à-vis duquel il était obligé par suite du prêt ou du vol, le fils se trouve dégagé, et le but primitif de l'action n'en est pas moins rempli : il peut même s'assurer de ce résultat en cédant son action à son créancier, et en se libérant par cette cession. — Il y avait précisément pour le *depositum*, et la chose est digne de remarque, une formule *in factum*, qui permettait au fils d'intenter son action en son nom personnel (*o*). — Maintenant, quels sont en cette matière les effets de la *capitis deminutio*, c'est-à-dire de l'émancipation ou de la *datio in adoptionem* ? Le fils ne peut plus

(*n*) L. 16; L. 1, § 39; L. 31, § 1, depositi (XVI, 3).
(*o*) Gaius, IV, § 47.

évidemment intenter l'action au nom de son père, car la présomption de la représentation n'est plus possible, mais bien en son nom personnel, car le motif et le but de l'action subsistent toujours, je veux dire la dette vis-à-vis du tiers auquel il est obligé de rendre la chose, par suite de la restitution contre la *capitis deminutio*. Comme je l'ai dit plus haut, ces principes cessent d'êtres applicables quand le déposant est un esclave. Il ne peut intenter l'*actio depositi;* car il est incapable d'agir pendant la durée de l'esclavage. Après l'affranchissement, il ne le peut pas davantage, n'étant pas, comme le fils, obligé vis-à-vis d'un tiers (§ 65). L'*actio depositi* appartient donc toujours à celui qui était propriétaire de l'esclave au moment du dépôt (*p*).

Les règles qui régissent l'*actio depositi* quant au demandeur s'appliquent aussi au défendeur. Si donc un *filiusfamilias* devient dépositaire, et qu'après son émancipation il soit en possession de la chose, le déposant a une action contre lui sans l'intermédiaire de la restitution, et non comme action touchant le pécule vis-à-vis du père (*q*); car il s'agit ici de la restitution en fait de la possession naturelle, et elle n'a rien de

(*p*) L. 1, § 30, depos. (XVI, 3).
(*q*) L. 21, pr. depos. (XVI, 3).

commun avec les règles du droit sur le pécule. La preuve que l'on envisageait la chose comme une exception, et précisément sous ce point de vue, c'est l'anomalie plus grande encore du droit appliqué à l'esclave dépositaire. Si, après l'affranchissement, l'esclave est en possession du dépôt, le propriétaire a contre lui l'*actio depositi*, quoique en principe l'esclave ne puisse être actionné pour aucune obligation contractée pendant la durée de l'esclavage (*r*).

D. *Actio commodati*.

Le commodat a tout à fait la même nature que le dépôt, et l'on peut admettre en principe que les règles relatives au dépôt s'appliquent aussi au commodat. Une des plus importantes se trouve formellement exprimée dans les sources du droit, et si nous ne les voyons pas toutes reproduites, cela tient à des circonstances purement fortuites. Ainsi, l'*actio commodati* est

(*r*) L. 21, § 1, depos. (XVI, 3). Voici l'ensemble de ce texte dont j'ai cité la première motié dans la note *q* : « Si apud filiumfamilias res deposita sit, et emancipatus rem teneat, pater nec « intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius. — « Plus Trebatius existimat, etiam si apud servum depositum sit, « et manumissus rem teneat, *in ipsum dandam actionem*, non « in dominum, *licet ex cæteris causis in manumissum actio* « *non detur*. » J'ai parlé ailleurs de cette exception. Voy. § 70, *s*, et appendice IV, note *m*. Si l'affranchi ne possédait pas la chose, on ne pouvait agir contre lui, quand bien même il eût commis un dol à l'occasion de cette chose avant son affranchissement. L. 1, § 18, depos. (XVI, 3).

formellement rangée parmi les actions exceptionnelles que le *filiusfamilias* peut exercer en son propre nom (*s*). Cette décision est fondée sur les principes et soumise aux distinctions que j'ai exposées en parlant de l'*actio depositi*. Pour le commodat comme pour le dépôt, il existe une formule *in factum concepta* (*t*).

Peut-être on demandera si un *filiusfamilias* peut exercer l'*actio locati* pour réclamer une chose qu'il a donnée en location. S'il s'agit uniquement de la restitution de la chose, le rapport de droit est identique à celui que présentent les actions *depositi* et *commodati*. Si donc l'*actio locati* n'a pas été rangée dans la même classe, cela vient sans doute de ce que, indépendamment de la chose, le demandeur réclame aussi le prix du loyer, et dès lors son action se trouve mêlée à la poursuite d'un droit des biens pur et complet.

E. La possession naturelle (la simple détention).

Les enfants sous la puissance paternelle sont, aussi bien que l'esclave, incapables de la possession juridique, mais capables de la détention;

(*s*) L. 9, de O. et A. (XLIV, 7). Cf. § 71, *q*. — Ici encore s'applique la règle que le voleur lui-même peut former la plainte (L. 15, 16, comm., XIII, 6), et à plus forte raison le commodataire ou le dépositaire qui aurait prêté la chose à un tiers.

(*t*) Gaius, IV, § 47.

car elle est purement de fait (*u*). Je passe aux applications de ce principe.

Quand le père stipulait un droit en faveur de son fils, par exemple un droit de propriété, cette stipulation était valable, car la propriété donnée revient immédiatement au père. Mais, si la stipulation avait pour objet un fait, tel que la détention d'une chose ou un droit de passage, ces faits ne pouvant entrer dans les biens du père, le contrat était nul comme tout contrat en faveur d'un tiers que le stipulant ne représente pas. Si, au contraire, le fils stipule pour son père un droit de propriété, la détention d'une chose ou un droit de passage, tous ces contrats sont valables, parce qu'en principe le fils peut représenter son père. Lorsque, enfin, le fils stipule pour soi-même la détention d'une chose ou un droit de passage, le contrat est valide en ce sens que le père seul pourra actionner le débiteur en dommages et intérêts, si la détention ou le droit de passage venaient à être déniés. Tout ce que je viens de dire s'applique à l'esclave comme au fils (*v*).

Voici une autre application du même principe. Quand un *filiusfamilias* est en possession

(*u*) Savigny, Recht des Besitzes, § 9, 26.

(*v*) L. 130; L. 37, § 6, 7, 8, de V. O. (XLV, 1); § 2, J. de stipul. serv. (III, 17). Cf. Cujacius in Lib. 15, quæst. Pauli (L. 130, de V. O.), opp. T. V., p. 1007.

d'un héritage, la *hereditatis petitio* peut être dirigée contre lui personnellement, comme s'il était *sui juris;* car la défense à cette action repose sur la possession naturelle. Si même il se fait adopter, la *capitis deminutio* est sans influence, et on n'a pas besoin de restitution pour, à l'avenir, diriger contre lui la demande en possession d'hérédité (*w*).

F. Restitution forcée d'un fidéicommis testamentaire.

Lorsqu'un père, institué héritier avec obligation de restituer à son fils, redoute les charges de la succession, celui-ci peut contraindre son père à accepter et à restituer : l'effet de cette contrainte est de transporter toutes les dettes sur la tête du fils et d'en libérer le père (*x*). Il en est autrement lorsqu'un testateur prie un citoyen d'affranchir un esclave et de lui restituer la succession; car l'esclave ne pouvant s'obliger civilement (§ 65), la contrainte exercée contre son maître ne l'engagerait pas non plus, et après l'affranchissement il pourrait refuser la succession, dont les dettes resteraient à la charge du maître (*y*).

Voici le motif de cette action anomale du fils contre le père. La contrainte n'était alors qu'une

(*w*) L. 36, § 1, de her. pet. (V, 3).
(*x*) L. 16, § 11, 12, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).
(*y*) L. 16, § 13, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).

pure formalité, un simple fait n'ayant contre le défendeur aucune conséquence juridique, et quant aux formes de la procédure, la contrainte s'exerçait *extra ordinem* par-devant le magistrat fidéicommissaire.

IV. La quatrième classe d'anomalies se rapporte à la coaction des actes qui ont pour effet de modifier les rapports de famille. En principe, ces actes sont essentiellement libres; mais quand ils sont soumis à une contrainte juridique, les règles ordinaires sur la capacité cessent d'être applicables, et, en effet, cette contrainte a précisément pour but de modifier ces règles. Cette quatrième classe d'anomalies renferme les cas suivants :

A. *Libertas fideicommissaria.*

Si un testateur donne à son esclave la *directa libertas*, il n'y a là aucune exception aux règles sur la capacité. L'esclave devient libre immédiatement, et alors point de motif pour lui conférer un droit pendant la durée de son esclavage, par exemple une action contre les héritiers; mais il en est autrement si le testateur laisse à son esclave, ou à celui de son héritier ou à celui d'un tiers, la liberté par fidéicommis. L'esclave acquiert dans ce cas contre son maître une action directe en affranchissement; contre l'héritier autre que son maître, une action tendant à se faire acheter et ensuite affranchir. Pour

réaliser ce rapport de droit très-fréquent et très-important chez les Romains, on eut recours, non pas à une action ordinaire, mais à une *cognitio extraordinaria*, dirigée par un magistrat (*z*).

B. Le cas où un testateur chargeait par un fidéicommmis son héritier ou son légataire d'émanciper ses enfants ne rentrait pas dans la compétence de la juridiction fidéicommissaire; mais on pouvait se pourvoir extraordinairement devant l'empereur, pour contraindre le père, qui avait accepté la succession ou le legs, à exécuter la condition imposée par le testateur (*aa*). — Peut-être même la juridiction ordinaire était-elle compétente pour ordonner l'émancipation, lorsqu'on la refusait à un arrogé parvenu à l'âge de puberté (*bb*).

C. Une anomalie plus importante est celle introduite par la loi Julia, qui autorise le magistrat à contraindre la volonté du père, dans le cas où celui-ci refuserait sans motif valable de consentir au mariage de ses enfants (*cc*).

(*z*) § 2, J. de sing. reb. (II, 24). Ulpian., XXV, § 12, 18, tit. Dig. de fid. libert. (XL, 5).

(*aa*) L. 92, de cond. et demonstr. (XXXV, 1).

(*bb*) L. 32, 33, de adopt. (I, 7). Néanmoins, dans la L. 32, pr. crit., on pourrait entendre par *judex* le *magistratus*, ce que semble confirmer cette addition *causa cognita*, et alors ce serait une *extraordinaria cognitio*.

(*cc*) L. 19, de ritu nupt. (XXIII, 2).

§ LXXV. *Application au droit actuel des principes sur la capacité et la* capitis deminutio.

Après avoir exposé les principes qui régissent la capacité du droit et la *capitis deminutio* (§ 64-74), il s'agit d'examiner quels sont ceux encore applicables au droit actuel. Nous n'avons conservé aucune trace de l'esclavage, il ne peut donc plus être question de l'incapacité des esclaves romains. Nous n'avons pas davantage de droit de cité ou de latinité comme contraste de la pérégrinité. Ainsi donc la capacité restreinte des *peregrini* n'existe plus; celle des *Latini* se trouva abolie par la législation de Justinien.

Mais, comme le droit moderne reconnaît la puissance paternelle, les restrictions imposées à la capacité des enfants sont en partie maintenues, celles même que la législation des empereurs chrétiens a le plus modifiées ne peuvent se comprendre et s'appliquer que dans leurs rapports avec l'ancien droit.

Je passe à la *capitis deminutio*, que je vais examiner sous le même rapport; il n'y a plus ni esclaves ni *peregrini*, il ne peut donc y avoir ni *maxima*, ni *media capitis deminutio*, ni mort civile telle que l'entendaient les Romains (§ 69).

La *minima capitis deminutio* n'est certainement pas impossible; car, si un chef de famille

se fait arroger, il subit la condition d'un *filius-familias*, et sa capacité se trouve modifiée à son préjudice. Mais les effets positifs spécialement attachés à la *capitis deminutio* (§ 69), qui seuls donneraient une valeur pratique à l'idée exprimée par ce mot technique, subsistent-ils toujours? Évidemment non. La *minima cap. dem.* détruisait l'agnation; or, les Novelles de Justinien n'ont laissé à l'agnation aucune valeur pratique. Le patronage n'existe plus : Justinien abolit expressément les effets de la *minima capitis deminutio* quant aux servitudes personnelles; enfin l'extinction des dettes, par suite de la *capitis deminutio*, ne figure pas dans la législation justinienne; on peut l'y découvrir par induction comme principe de l'ancien droit, mais dépouillée depuis longtemps de toute influence pratique. Ainsi la doctrine de la *capitis deminutio* a de l'importance pour l'histoire et l'exégèse; pour la pratique du droit, le nom et la chose sont sans intérêt.

Les anciens principes se retrouvent encore dans les institutions du droit anomal qui ont été soustraites en totalité ou en partie aux restrictions positives de la capacité (§ 71-74). Certaines matières ont, il est vrai, disparu complétement, telles que le legs d'aliments aux esclaves (§ 72) et l'affranchissement par fidéicommis (§ 74). D'autres, au contraire, ont conservé la spécia-

lité de leur nature, ce sont la dot, l'action en aliments ou en dotation (§ 72), l'action d'injures, la *querela inofficiosi*, en tant qu'on l'admet comme subsistant malgré la Novelle 115 (§ 73), la société, le mandat, etc. (§ 74).

Ce que je viens de dire sur les limites de l'application du droit romain n'est pas contraire aux doctrines des auteurs modernes. A la vérité, ils ne s'expriment pas là-dessus d'une manière aussi positive et aussi explicite ; néanmoins, j'ai lieu de croire que la plupart de mes principes, s'ils venaient à être discutés, ne rencontreraient pas d'objections sérieuses. Ainsi, un passage de Glück (*a*), qui semble contredire mon opinion, la confirme en réalité. Glück prétend qu'il y a aujourd'hui *maxima capitis deminutio* pour celui qui se soumet à la servitude de la glèbe et pour le condamné à perpétuité, soit à la détention dans une forteresse, soit aux travaux forcés ; qu'il y a *media cap. dem.* pour celui qui perd le droit de cité dans un des États de l'Allemagne, ou qui est mis en dehors du droit commun allemand ; puis il ajoute que les principes du droit romain sont inapplicables à ces différents cas. Mais c'est précisément là la question, et ici il s'agit de la perte ou des restrictions de la capacité d'après le droit romain. On sait que de tout

(*a*) Glück, vol. II, § 128.

temps l'état des personnes a subi de nombreuses modifications; mais les représenter comme des *capitis deminutiones,* c'est chercher, en jouant avec les mots, de vaines et trompeuses analogies.

La mort civile nous en fournit un exemple. Les auteurs allemands (*b*) exposent les principes romains sans prétendre y trouver aucune application pratique. En France, depuis longtemps, on a suivi une marche différente, et, bien que cette question soit hors de mon sujet, je la traiterai comme épisode, afin de montrer à quelles aberrations peut conduire une mise en œuvre inhabile de faits historiques mal compris.

Dans un petit nombre de lignes sur la mort civile, Domat commet deux graves erreurs. « On appelle mort civile, dit-il, l'état de ceux « qui sont condamnés à la mort ou à d'autres « peines qui emportent la confiscation des biens. « Ce qui fait que cet état... les rend comme es- « claves de la peine qui leur est imposée (*c*). » — Mais la mort civile n'a rien de commun avec la confiscation; car le Romain prisonnier chez l'ennemi encourait la mort civile sans confiscation, et le *relegatus* n'encourait jamais la mort civile, quoique, dans certains cas, ses biens fus-

(*b*) Ainsi, par exemple : Mühlenbruch, vol. I, § 184.
(*c*) Domat, Liv. prélim., tit. 2, sect. 2, § 12.

sent confisqués. Ensuite, le déporté encourait la mort civile sans devenir esclave de la peine.

Telle était la théorie. Dans la pratique (*d*), la mort civile résultait de la condamnation aux galères perpétuelles et à la peine du bannissement perpétuel. Il y avait, en outre, quelques cas controversés. L'application la plus remarquable, et qui mit en jeu toutes les mauvaises passions, fut la loi rendue par Louis XIV contre les réfugiés pour cause de religion. Mais comme cette loi était contraire à l'opinion publique, souvent on s'écarta de ses dispositions, de celles surtout qui frappaient les enfants des réfugiés.

Vient la Révolution, et bientôt se présentent de nouvelles et importantes applications; car les lois du 28 mars et du 17 septembre 1793 prononcèrent la mort civile contre les émigrés et les déportés. Ainsi l'arsenal de l'ancienne jurisprudence fournit désormais des armes pour atteindre les émigrés.

Enfin se rédige le Code. C'est une grande erreur de croire que ce soit une œuvre toute nouvelle, et que la sagesse révolutionnaire l'ait enfanté par une sorte d'inspiration. Les rédacteurs du projet, comme les conseillers d'État, empruntèrent à l'ancienne jurisprudence ses principes

(*d*) Cette matière est longuement traitée dans Merlin, Répertoire, art. *Mort civile*; c'est à cet article que se rapportent mes autres citations de Merlin.

et ses erreurs. Voici maintenant ceux auxquels s'applique la mort civile :

1) Les émigrés. A la vérité, les lois contre l'émigration étaient rapportées depuis l'an VIII, et la plupart des émigrés qui en avaient fait la demande avaient été rayés de la liste et relevés de la mort civile. Mais il y en avait toujours un grand nombre qui n'étaient pas rentrés en France, et d'ailleurs la radiation était sans effet sur les mariages contractés et sur les successions ouvertes pendant l'émigration (*e*). Ceux, au contraire, qui s'expatrieraient à l'avenir n'encourent plus la mort civile; ils perdent seulement la qualité de Français (art. 17-21), ce qui, du reste, n'a pas de conséquences graves.

2) Les condamnés à mort, pour le temps intermédiaire entre le jugement et l'exécution, ainsi que pour ceux qui se soustraient à l'exécution par la fuite (art. 23).

3) Les condamnés à des peines auxquelles la loi attache cet effet. Ce sont, d'après l'article 18 du Code pénal, les travaux forcés perpétuels et la déportation. Ce dernier cas fut avec raison traité comme le plus délicat et le plus difficile,

(*e*) Les lois sur les émigrés sont citées par Merlin, l. c., p. 378. — Lors de la discussion du Code civil au conseil d'État, on reconnut expressément l'autorité des lois sur les émigrés, surtout par rapport à la mort civile. *Conférence* du Code civil, t. I, p. 76, 77 (sur l'art. 24).

parce que le condamné doit vivre libre dans le lieu de sa déportation.

Ce qu'il y a de plus important, ce sont les effets de la mort civile. D'après l'article 25, on peut les résumer ainsi :

1° Le condamné perd la propriété de tous ses biens, et sa succession est immédiatement ouverte au profit de ses héritiers *ab intestat.*

2° Il perd pour l'avenir la capacité du droit civil, mais il conserve la capacité du droit naturel (*f*). Cette distinction fondamentale se traduit par les dispositions suivantes :

a) Le condamné ne peut acquérir par succession, mais il peut recevoir un legs d'aliments.

b) Il ne peut faire de testament, ni avoir d'héritiers. Les biens qu'il a acquis depuis sa condamnation, après sa mort naturelle, appartiennent à l'État (art. 33).

c) Il ne peut faire de donations, et ne peut recevoir que des aliments (*g*).

(*f*) Cela était textuellement exprimé dans le projet de Code civil, liv. I, tit. 1, art. 30 : « privés des avantages du *droit* « *civil proprement dit,* » § 31. « Ils demeurent capables de tous « les actes qui sont du *droit naturel et des gens.* » Le Code civil n'a pas reproduit ces dispositions, mais il énumère, par forme d'exemple, les principaux droits dont la mort civile entraîne la perte, et par la discussion au conseil d'État on voit clairement que le sens de la loi est celui du projet. Cf. Toullier, Droit civil français, liv. I, § 279.

(*g*) C'est la disposition textuelle de l'article 25. Toullier, § 282,

d) Le mariage antérieur à sa condamnation est privé de tous les effets civils.

e) Le mariage qu'il contracterait depuis sa condamnation n'aurait aucun effet civil.

f) Hors les cas énumérés plus haut, il peut acquérir et aliéner; ainsi on ne lui interdit pas la vente, l'échange, le louage, le prêt et les actions en réparation de dommages ou de tout autre délit (*h*).

Le principe de ces dispositions prête aux objections suivantes : La distinction entre le droit civil et le droit naturel est évidemment empruntée au droit romain, mais elle avait chez les Romains une tout autre signification : car le *jus gentium* était un droit complet, un droit positif comme le *jus civile* (§ 22). Au système romain on a substitué sans s'en apercevoir un système

prétend que le mort civilement peut acquérir et aliéner par donations manuelles, c'est-à-dire les donations de choses mobiliaires s'opérant par la tradition, mais non les donations d'immeubles ni celles qui exigent un acte écrit. Ainsi le condamné pourrait recevoir de grandes valeurs en argent comptant ou en billets de banque, ce qui néanmoins est contraire à la loi. Le projet de Code civil, art. 32, 33, permettait au condamné de recevoir, par donation, des objets mobiliers de peu de valeur, et des aliments. Quant à la faculté d'aliéner par donation, elle était illimitée.

(*h*) Le projet de Code civil, § 31, énumérait les actes permis au condamné. Le Code n'a pas reproduit cet article, mais il en a adopté le sens. Cf. Toullier, § 280, 283, et les paroles de Treilhard au conseil d'État. *Conférence*, t. I, p. 119.

bien différent, une distinction entre les institutions du droit, les unes plus positives, plus arbitraires, les autres plus naturelles, plus faciles à impliquer. Mais ce système, sans utilité pratique, est vague dans ses délimitations et chancelant dans ses bases. On en jugera par ses applications. Il y a inconséquence à permettre au déporté d'acquérir et à attribuer après sa mort sa succession à l'État : cela est, en réalité, une confiscation partielle, et dès lors une demi-mesure. Cette disposition est évidemment empruntée au droit romain (*i*); mais chez les Romains elle était la suite naturelle de la confiscation qui dès l'origine frappait le déporté, et le droit français n'admet pas la confiscation. Considéré comme simple *peregrinus,* le déporté aurait eu des héritiers, car jamais l'État ne s'empare de la succession des *peregrini*. Rien, dans la nature positive du droit de succession en général, ne justifie la disposition du Code civil, et tel est néanmoins le motif qui semble l'avoir dictée. — La prohibition des donations paraît encore plus singulière, car les donations n'appartiennent pas plus au droit positif que la vente ou l'échange. Ici le Code s'écarte entièrement du projet, et chaque jurisconsulte l'interprète à sa manière (note *g*). Toullier prétend que les dona-

(*i*) L. 2, C. de bonis proscript. (IX, 49).

tions sont de droit civil, parce qu'elles sont astreintes à des formes déterminées; mais au delà de 150 fr. la vente et le louage sont également astreints à une forme déterminée (art. 1341), et néanmoins ces contrats sont permis au déporté sans restrictions.

Les dispositions relatives au mariage ont plus de gravité encore. Le législateur y reconnaît, à la vérité, un élément naturel, un élément civil et un élément religieux (*k*); mais en lui ôtant les effets civils il a entendu lui ôter tout caractère légal, et cela a été formellement exprimé dans la discussion. Ainsi le mariage d'un déporté, n'étant pas reconnu par la loi, ne peut donner lieu ni à l'adultère, ni à la bigamie. Les enfants d'un déporté sont nés hors mariage, ils sont bâtards, ils n'ont pas de père, pas de parents collatéraux dont ils puissent hériter (*l*). Ici, aucune différence entre le mariage contracté antérieurement ou postérieurement à la déportation. — Voyons maintenant quels étaient en cette matière les principes du droit ancien.

(*k*) *Conférence*, t. I, p. 86, 92, 98.

(*l*) *Conférence*, p. 86, 110. — Toullier, § 285, 293, enseigne que les enfants sont légitimes, parce que le *vinculum matrimonii* (le lien) subsiste toujours, ce qui est évidemment contraire à la loi. L'opinion de Toullier fut soutenue au conseil d'État, et un amendement proposé : mais la majorité repoussa l'amendement et maintint l'article du projet. La discussion du conseil ne laisse aucun doute sur ce point.

En droit romain, le mariage d'un déporté, nul d'après le *jus civile,* était valable d'après le *jus gentium*, et par conséquent tout aussi valable que les mariages de tant de millions d'habitants des provinces, avant que Caracalla leur eût accordé le droit de cité (*m*). De là il résulte que les enfants du déporté ne tombent pas sous la puissance de leur père, et ne sont pas les agnats de ses collatéraux; mais ils naissent dans le mariage, ils ont un père légalement certain auquel ils tiennent par les liens de la cognation comme à toute sa famille, ils peuvent en hériter d'après les lois de la cognation, excepté de leur père dont les biens reviennent toujours au fisc. Tout cela dérive uniquement du droit, non des idées religieuses, car tout cela est bien antérieur à l'établissement du christianisme. — Les rédacteurs du Code, ayant confondu les effets spéciaux du *jus civile* des Romains avec les effets du droit en général, sont arrivés, sans s'en apercevoir, à un résultat bizarre. Il ont assimilé le mariage du déporté français, non pas, comme on devait s'y attendre, à celui du déporté romain, mais au mariage du condamné au travail des mines, qui devenait esclave et dont le mariage était néces-

(*m*) On s'était même relâché, par humanité, de la rigueur des principes. Ainsi la dot, qui avait pour condition le *justum matrimonium,* subsistait, quoique le mariage ne fût plus un *justum matrimonium*.

sairement annulé. Ils ont même été plus loin que le droit romain dans son dernier état, car Justinien (Nov. 22, C. 8) abolit l'esclavage des condamnés en faveur de leur mariage, adoucissement refusé au condamné français.

L'ancien droit français, et particulièrement l'ordonnance de 1639, dont la rigueur, condamnée par l'opinion publique, trouvait dans les tribunaux une sourde résistance, laissait subsister comme sacrement le mariage antérieur du condamné, de sorte que ses enfants naissaient dans le mariage et héritaient de leurs parents (*n*).

Le projet souleva de justes et de vives réclamations, d'abord au sein du tribunal d'appel de Paris (*o*), puis au conseil d'État où il fut combattu par le premier consul avec une grande supériorité de raison, par le ministre de la justice et d'autres membres du conseil (*p*); enfin, au tribunat quand la rédaction du conseil d'État lui fut renvoyée (*q*). Le projet fut attaqué au nom du droit romain et de l'ancien droit français, au nom de l'humanité; Bonaparte surtout fit ressortir énergiquement l'injustice qu'il y avait

(*n*) *Conférence*, p. 89, 90.

(*o*) Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code civil, p. 38.

(*p*) *Conférence*, p. 86, 87, 88. Cf. Maleville, Analyse raisonnée, t. I, p. 47-50.

(*q*) *Conférence*, t. I, p. 174-176.

à flétrir comme concubinage la noble fidélité de la femme qui consent à partager le malheur de son mari. Tout fut inutile ; le projet devint loi sous l'influence de plusieurs motifs différents. D'abord, la conséquence logique de prémisses historiquement fausses, c'est-à-dire des erreurs que les jurisconsultes avaient pour la plupart puisées, dès leur jeunesse, dans une étude superficielle du droit romain, erreurs dont ils ne pouvaient se débarrasser (r). Puis la haine invétérée dans les hommes de la révolution contre les émigrés, bien que le plus grand nombre fût déjà amnistié, et que le reste eût depuis longtemps perdu toute importance et cessé d'être à craindre. Enfin, le soin jaloux de repousser l'ancienne influence des idées religieuses sur le droit. L'influence victorieuse de ces divers motifs ressort clairement du discours prononcé par le tribun Gary pour soutenir le projet définitif,

(r) Si l'on pensait que le droit romain, mal compris, n'a pas eu ici l'influence que je lui attribue, je renverrais à l'article *Mort civile* du Répertoire de Merlin, où l'auteur se donne beaucoup de peine inutile pour expliquer divers passages des Pandectes, et même pour en fixer le texte. Ainsi, par exemple, il tire tout à fait à tort argument du *postliminium*, et, p. 373, il entend par ces mots de la L. 4, de capt. : « An *qui hostibus deditus*, reversus, nec a nobis receptus est, » un transfuge, *un enfant ingrat de la patrie*, et rapproche ce texte des art. 18, 19, 21 du Code civil, interprétation qui semble presque incroyable.

la rédaction actuelle du Code. Lorsqu'une femme accompagne son mari déporté, il est cruel, dit-il, de la flétrir comme concubine, et ses enfants comme illégitimes; mais le droit a ses rigueurs et doit être conséquent avant tout; d'ailleurs la femme trouvera sa récompense dans sa religion, dans sa conscience, et aussi dans l'opinion publique (*s*). Sans doute l'opinion publique peut toujours désarmer la loi; les tribunaux peuvent, comme autrefois, la miner sourdement; mais tout cela, loin de la justifier, prouve invinciblement la nécessité de son abolition.

Examinons maintenant les conséquences de la loi pour l'avenir. Quant aux condamnés à mort ou aux travaux forcés à perpétuité, elles sont sans importance, car la nature de leur peine ne laisse place à aucune des difficultés que soulève la mort civile. Leur succession est immédiatement ouverte; mais cette disposition, la seule qui les atteigne, est aussi celle qui prête le moins à la critique. Pour les émigrés, la loi a beaucoup de gravité par suite des rapports de droit qui ont pris naissance pendant l'émigration; mais le nombre des intéressés diminue tous les jours. La loi n'a d'importance durable que relativement aux déportés. La déportation

(*s*) Code civil, suivi des motifs, t. II, p. 86.

devait être une institution politique fondée sur de larges bases, mais dont rien ne s'est encore réalisé, et ici se montrent dans tout leur jour les vices que j'ai signalés. Vainement on allègue qu'en étendant la capacité du condamné on lui donnerait le moyen de fuir ou de se rendre redoutable (*t*). Pour prévenir ce danger, sans recourir à la mort civile, il suffit de l'interdiction légale qui, appliquée à d'autres peines, remplit parfaitement ce but (*u*). Aucune condamnation à une peine emportant mort civile n'a eu autant de célébrité que celle prononcée contre le prince de Polignac. L'arrêt de la cour des pairs, du 31 décembre 1830, qui le condamne à une détention perpétuelle pour tenir lieu de la déportation, le déclare en termes exprès mort civilement, avec tous les effets attachés par la loi à la déportation et à la mort civile. Son mariage a continué de subsister, il a eu des enfants à Ham, et cet exemple, en faisant ressortir les vices de la législation française sur la mort civile, prouve avec moi qu'elle doit être abolie.

En 1831, une commission nommée pour préparer la réforme de plusieurs dispositions pénales qui furent effectivement modifiées, reconnut la nécessité de changer la loi sur la

(*t*) *Conférence*, t. I, p. 128.
(*u*) Code pénal, art. 29, 30, 31.

mort civile, et la condamna en termes énergiques. Mais elle s'abstint de proposer ce changement, observant avec raison qu'il ne pouvait se faire sans toucher à plusieurs matières du droit civil, et que cela sortait de ses attributions (*v*). Voilà où en sont les choses; car une proposition tendant à l'abolition de la mort civile a été rejetée par la chambre en 1834.

Après avoir signalé les erreurs fondamentales de la législation française, nous sommes conduits à embrasser l'ensemble de la matière, et à chercher quelles applications utiles elle pourrait fournir au droit moderne; recherche que l'on ne saurait regarder comme superflue, car cette partie de la législation française a été adoptée par différents peuples de l'Allemagne, et peut aisément se propager encore.

En droit romain, la plupart des délits capitaux donnent naissance à quatre ordres de faits: une peine afflictive, la *magna capitis deminutio*, la mort civile et la confiscation des biens. On a souvent établi de fausses relations entre ces quatre ordres de faits, et là est la source des erreurs les plus graves.

La *magna capitis deminutio* et la pénalité ne sont nullement identiques; en effet, la *relegatio*

(*v*) Le rapport de la commission fut fait à la chambre des députés le 11 novembre 1831. Voy. le Moniteur du 12 novembre 1831.

est une peine, et n'entraîne pas de *capitis deminutio* (*w*). D'un autre côté, le citoyen romain fait prisonnier par l'ennemi, ou qui entre dans une colonie latine, subit la *magna capitis deminutio*, sans qu'on y attache aucune idée de peine. Ces deux ordres de faits demeurent donc entièrement distincts, et il faut reconnaître que si la loi, par une disposition formelle, établit la *capitis deminutio*, comme conséquence de plusieurs peines afflictives, cela ne dérive nullement de la nature même de la peine.

L'expression mort civile (*mors civilis*) est une création des temps modernes; je la définirai comme une mort fictive, l'assimilation d'un homme vivant à un homme mort. Cette fiction est une conséquence légale de la *magna capitis deminutio*, mais non une conséquence nécessaire (§ 69, *c*). Aussi, elle soutient, vis-à-vis des peines afflictives, le même rapport que la *capitis deminutio*. Le prisonnier de guerre est sous l'empire de cette fiction, non le *relegatus*; et il faut donc aussi reconnaître que c'est une conséquence attachée par la loi à différentes peines. Mais alors les Romains ne la considèrent ni comme une peine, ni comme l'aggravation d'une autre peine, ni comme moyen d'ajouter à son effet moral, mais comme un expédient

(*w*) L. 7, § 5, de bonis damn. (XLVIII, 20).

raisonnable, simple et commode pour prévenir les difficultés qui s'élèveraient dans l'ordre des successions; car le condamné ne pouvant être lui-même héritier, par suite de la *capitis deminutio* (*x*), afin que sa présence ne fût pas un obstacle pour les autres appelés, on le réputait mort, et dès lors étranger à la succession. Cette fiction n'ayant pas d'autre but, on l'appliquait uniquement aux effets *civils* attachés à la vie naturelle; hors de là, on n'avait aucun égard à la fiction, et l'on n'en poursuivait pas rigoureusement les conséquences. Ainsi, le déporté pouvait acquérir et contracter mariage, toutes choses impossibles à un mort : sa capacité reposait alors sur le *jus gentium*, non sur le *jus civile*.

La confiscation est toujours une véritable peine. On ne la trouve qu'accidentellement réunie à la *magna capitis deminutio* (§ 69, *b*). Ce sont donc deux choses indépendantes l'une de l'autre. Du temps de la république libre, la confiscation n'accompagnait pas même les peines les plus sévères (*y*); sous les empereurs elle devint la conséquence régulière de la *magna ca-*

(*x*) Il était absolument incapable de la *bonorum possessio* (L. 13, de B. P.), et à bien plus forte raison de l'*hereditas*.

(*y*) La succession d'un condamné pour crime de parricide passait à ses héritiers, suivant les règles ordinaires. Seulement, il y avait doute sur la validité du testament fait après la condamnation. Cicero, de Invent., II, 50. Auct. ad Herenn., I, 13.

pitis deminutio, accessoire d'une peine (*z*), mais avec beaucoup d'adoucissements. Dès les premiers temps, on laissa aux enfants du condamné une partie de ses biens, et, après plusieurs variations de la jurisprudence, Justinien ordonna que, sauf le crime de lèse-majesté, le fisc serait exclu par les descendants et les ascendants du condamné jusqu'au troisième degré (*aa*). Par contre, la confiscation pouvait avoir lieu sans aucune *capitis deminutio* (*bb*). — La confiscation et la fiction de la mort ne se trouvent qu'accidentellement réunies, et sont indépendantes l'une de l'autre. Si même on voulait s'en tenir rigoureusement à la fiction, il y aurait, non pas confiscation, mais ouverture de succession; car on ne confisque pas les biens d'un mort, on en hérite.

Si maintenant nous faisons l'application de ces principes à la faculté de tester; dès qu'il y a confiscation des biens, le testament du condamné se trouve nécessairement annulé, soit qu'il ait été fait antérieurement ou postérieurement à la condamnation; mais cela n'est plus en

(*z*) L. 1, pr. de bonis damn. (XLVIII, 20).

(*aa*) L. 1, § 1, 2, 3, de bonis damn. (XLVIII, 20); L. 10, C. de bonis proscr. (IX, 49); Nov. 17, C. 12. — La loi la plus récente est la Nov. 134, C. 13, dont l'auth. Bona damnatorum, C. de bonis proscr. (IX, 49) diffère légèrement.

(*bb*) L. 7, § 5, de bonis damn. (XLVIII, 20).

harmonie avec les législations modernes, qui repoussent la confiscation.

Chez les Romains, le testament du condamné à ce genre de peines était annulé, par suite de la *capitis deminutio ;* car toute *cap. dem.*, même la *minima*, produisait cet effet. Si, à l'époque de sa mort, le condamné se trouvait réintégré dans son ancien état, son testament, qui n'en demeurait pas moins nul d'après le *jus civile*, était validé par le préteur (*cc*). Depuis la condamnation encourue, il n'y avait pas de testament possible, aucun *peregrinus* n'ayant la *testamentifactio* (*dd*). Cet obstacle n'existe pas dans les législations modernes; car nous ne connaissons plus la *magna capitis deminutio* des Romains.

Enfin la fiction de la mort, si l'on s'y tient rigoureusement, rend impossible tout testament postérieur à la condamnation; car un mort ne fait pas de testament. Mais cette fiction ne s'oppose pas à la validité du testament antérieur, car la mort naturelle, au lieu d'infirmer un testament, lui donne ouverture. Cela se voit surtout dans un cas où la fiction de la mort a été introduite par un décret du peuple (la *lex Cor-*

(*cc*) Gaius, II, § 145. 147; Ulpian., XXIII, § 4, 6; L. 1, § 8; L. 11, § 2, de B. P. sec. tab. (XXXVII, 11); L. 8, § 3, de j. cod. (XXIX, 7); L. 6, § 5-13, de injusto (XXVIII, 3).
(*dd*) L. 8, § 1-4, qui test. (XXVIII, 1).

nelia), précisément pour cet objet. On supposait que le Romain prisonnier, décédé chez l'ennemi, mourait au moment même où il était fait prisonnier, et ainsi se trouvait validé le testament, qui, sans cette fiction, eût été annulé par la *maxima capitis deminutio* (*ee*).

Les principes du droit romain sainement appliqués à l'état du droit moderne ne nous fournissent donc aucun motif suffisant pour annuler le testament d'un condamné.

Ces considérations ne prouvent nullement que la mort civile doive être bannie d'un code pénal moderne; elles tendent seulement à repousser les fausses apparences de connexion avec les idées et les traditions du droit positif, et à prévenir les vaines conséquences que l'on pourrait en tirer. Les règles à établir en cette matière sont tout à fait indépendantes du droit antérieur, et il faut les chercher non pas dans l'histoire, mais dans la nature même du sujet. Cela s'applique, entre autres choses, à la question de savoir si le testament d'un condamné à une peine grave doit être ou non maintenu.

(*ee*) L. 6, § 5, 12, de injusto (XXVIII, 3); L. 12, qui test. (XXVIII, 1); Ulpian, XXIII, § 5.

§ LXXVI. *Restriction de la capacité par suite de l'infamie. Introduction.*

J'ai dû, pour deux motifs, traiter comme parties du droit romain actuel les restrictions de la capacité qui précèdent. D'abord, elles ont été de tout temps tellement liées à l'ensemble du droit privé, qu'on ne saurait approfondir son état actuel ou démêler sûrement les erreurs qui s'y joignent, sans en avoir une connaissance exacte. Il y a ensuite dans ces matières plusieurs parties importantes, qui se sont conservées dans le droit actuel, et qu'on ne peut bien comprendre si on les détache de leur ensemble primitif.

De semblables motifs n'existent pas pour d'autres restrictions, qui n'ont jamais eu sur la capacité qu'une influence très-isolée, et qui, suivant moi, ont entièrement disparu du droit actuel, je veux dire, l'infamie et la différence de religion. L'une et l'autre, en tant qu'elles appartiennent au droit romain, sont des institutions tombées en désuétude. Mais, comme cette doctrine est contraire à l'opinion généralement adoptée, et que ces institutions figurent dans les traités modernes comme parties constitutives du droit commun, l'exposition critique de

ces matières rentre nécessairement dans le plan de mon ouvrage.

Je commence par l'infamie. Mais, afin de donner une base solide à cette recherche difficile, avant de définir l'infamie et ses différentes espèces, et d'en retracer l'histoire, je la montrerai telle qu'elle nous apparaît dans les sources du droit Justinien. Ses principes ne sauraient différer absolument de ceux du droit antérieur; car les rédacteurs des Pandectes ont pris pour point de départ l'édit du préteur, qu'ils reproduisent textuellement (*a*), et ils se contentent ensuite de le compléter ou de le modifier. Voici les principaux textes des sources que nous ayons à consulter à ce sujet :

Tit. Dig. de his qui notantur infamia (III, 2).

Tit. Cod. ex quibus causis infamia irrogatur (II, 12).

A ces textes se rattache directement une grande partie du décret du peuple romain, ap-

(*a*) Le fragment de l'édit se trouve dans la L. 1, de his qui not. (III, 2). En parlant des cas énumérés dans ce fragment, pour abréger, je citerai simplement l'édit, mais d'après le texte donné par la L. 1, de his qui not. Cette remarque est essentielle; car nous avons une partie de ce fragment de l'édit, avec de nombreuses variantes, dans un autre texte, probablement le commentaire de Paul, Fragm. vat., § 320 (le commentaire, § 321). Je parlerai plus bas de ces variantes, et dans l'appendice VII.

pelé communément *tabula Heracleensis* (*b*); je me réserve d'en parler plus tard. Parmi les auteurs modernes, je signalerai ici :

Donellus, lib. XVIII, c. 6-8.

Hagemeister, dans Hugo's civil. Magazin, vol. III, n. VIII (1803), p. 163-282 de l'édition du 3e vol., faite en 1812.

G. Chr. Burchardi, de Infamia. Kilon., 1819, 4 (*c*).

Th. Marezoll, über die bürgerliche Ehre. Giessen, 1824, 8 (*d*).

(*b*) Tab. Heracl., lin. 108-141, dans Haubold, Monumenta legalia, ed. Spangenberg, Berol., 1830, p. 122-129. — La loi fut rendue l'an de Rome 709, et son véritable nom est Lex Julia municipalis. Zeitschr. f. gesch. Rechtswis., vol. IX, p. 348-371.

(*c*) Burchardi, p. 5, 11, dit lui-même qu'il a puisé la plupart de ces idées dans mes cours qu'il a suivis. Mais alors il a rendu avec usure ce qu'il m'a emprunté, car les principaux points de cette recherche m'ont été signalés par sa dissertation. — Plus tard, Burchardi a modifié son opinion; plusieurs des matières, qui, suivant moi, appartiennent au droit privé, telles que le *connubium*, le *commercium*, la *testamentifactio*, il les regarde comme parties du droit public, et dès lors soumises aux effets de l'infamie (Grundzüge des Rechtssystems der Römer, p. 272). S'il en était ainsi, les conséquences de l'infamie n'eussent pas été étendues tardivement à ces matières par des dispositions restreintes et isolées, comme Burchardi le montre au sujet de la loi Julia et de la loi de Constantin.

(*d*) Ouvrage remarquable par la profondeur des recherches et la richesse des matériaux, où je renvoie pour compléter cette exposition, bien que je ne sois pas du même avis que l'auteur sur plusieurs points capitaux. Je n'ai pas cru devoir reproduire

(Sur l'état actuel de cette institution) :

Eichhorn, Deutsches Privatrecht, 4[e] édition, § 83-90.

§ LXXVII. *Des différents cas où l'infamie est encourue.*

Les différents cas où l'infamie est encourue peuvent, d'après les sources du droit, se ramener à cinq classes.

I. Infamie résultant de la condamnation à cause d'un crime public.

Ce cas n'a été érigé que par degrés en règle générale.

L'édit lui-même n'attachait l'infamie qu'à la *calumnia* ou *prævaricatio*, commise dans un procès criminel, et cette disposition est reproduite dans la Table d'Héraclée (lin. 120, 122). — Un décret du sénat en frappa le condamné pour le délit de *vis privata* (*a*). — Plus tard, l'infamie fut établie comme suite de toutes les peines capitales, mais tant que duraient ces peines (la moindre était la perte du droit de cité). L'infamie était chose indifférente, elle n'avait de sens que si le condamné obtenait remise de la peine,

diverses dispositions de détail contenues dans les lois des empereurs, parce qu'elles ont été sans influence sur la nature de cette institution.

(*a*) L. 1, pr. ad L. Juliam de vi priv. (XLVIII, 7).

sans remise de l'infamie, et c'est ce qui arrivait le plus souvent (*b*). — Enfin, on posa en principe que toute condamnation résultant d'un *publicum judicium* était infamante (*c*); par là se trouvaient exclues les condamnations prononcées comme suites d'un *crimen extraordinarium* : elles n'étaient infamantes que dans certains cas exceptionnels, dont je parlerai bientôt.

Il y avait encore d'autres causes infamantes, simulant, en quelque sorte, une condamnation judiciaire, mais non encourue. Ainsi, étaient infâmes, et ce cas est le premier mentionné dans l'édit, le soldat congédié honteusement (*d*); la femme surprise en flagrant délit d'adultère, mais non condamnée (*e*); celui qui violait une transaction faite sous la foi du serment (*e*[1]); en-

(*b*) L. 1, § 6, 9, de postulando (III, 1); Marezoll, p. 127.

(*c*) L. 7, de publ. jud. (XLVIII, 1); L. 56, pro socio (XVII, 2); Coll. LL. Mos., tit. 4, § 3, combiné avec le § 12. Les prescriptions contenues dans la tab. Herael., lin. 117, 118, 111, 112, ne sont pas tout à fait semblables. La loi parle de ceux qui ont subi à Héraclée un *publicum judicium*, de ceux qui ont été bannis de l'Italie par les tribunaux de Rome, et de tous ceux, sans exception, condamnés d'après la loi Plætoria. Je donnerai § 80, le motif de cette différence.

(*d*) L. 1, pr. de his qui not. (III, 2) : « qui ab exercitu ignominiæ causa ab Imperatore.... dimissus erit. » Ce cas est également prévu dans la tab. Heracl., l. 121.

(*e*) L. 43, §12, 13, de ritu nupt. (XXIII, 2) : « Quæ in adulterio deprehensa est, quasi publico judicio damnata est. »

(*e*[1]) Il ne s'agit donc ici que des contrats ayant pour objet de

fin celui qui, ayant fait une dénonciation au fisc, ne pouvait en fournir la preuve (*f*).

Comme dernier complément des dispositions du droit romain sur l'infamie, je citerai l'authentique *Habita,* rendue par Frédéric Ier, pour protéger les étudiants en droit. Elle déclare infâme quiconque injurie un étudiant; quiconque, sous prétexte de représailles, le vole ou lui cause du dommage; elle condamne le délinquant à restituer quatre fois la valeur du dommage, et, s'il est fonctionnaire public, elle le déclare déchu de son emploi.

II. Certains délits privés, et, d'après l'édit lui-même, le vol, le pillage, l'injure et la fraude. L'infamie résultait de la condamnation même, quand elle avait été prononcée contre l'accusé personnellement. Si donc il se faisait représenter par un procureur, ni lui ni le procureur n'encourait l'infamie (*g*). Le résultat naturel de cette disposition fut de désarmer la loi, dès que les procureurs furent généralement admis; car il suffisait à l'accusé de se faire représenter pour échapper à l'infamie. — Dans ces différents cas, l'édit met sur la même ligne la condamnation et la transaction (damnatus pactusve erit); mais

régler des droits litigieux. L. 41, C. de transact. (II, 4).

(*f*) L. 18, § 7; L. 2, pr. de j. fisci (XLIX, 14).

(*g*) L. 6, § 2, de his qui not. (III, 2). L. 2, pr. de obsequ. (XXXVII, 15).

cela doit s'entendre d'une transaction privée, faite à prix d'argent, non de la satisfaction donnée en présence du juge, ou de la renonciation purement gratuite (*h*).

Si, pour tous ces délits, il n'y avait pas de poursuite privée, mais *crimen extraordinarium*, l'infamie n'en subsistait pas moins, et ce sont là les cas exceptionnels où le *crimen extraordinarium* a le caractère infamant, qui ne résulte ordinairement que du *judicium publicum* (*i*); que le délit conserve son nom générique (*furtum*, *injuria*) (*k*), ou que, sous une dénomination spéciale (*expilata hereditas*, *stellionatus*), il soit l'objet d'une poursuite criminelle (*l*), cela n'établit aucune différence quant à l'infamie; et l'on ne saurait s'y soustraire en nommant un procureur, comme dans les poursuites privées (*m*).

Parmi les délits privés infamants, on peut en quelque sorte ranger l'usure; car, dans l'ancien droit, du moins, elle entraînait une peine privée. Cette peine n'existe plus dans la législa-

(*h*) L. 6, § 3, de his qui not. (III, 2).

(*i*) L. 7, de publ. jud. (XLVIII, 1).

(*k*) L. 92, de furtis (XLVII, 2); L. 45, de injur. (XLVII, 10).

(*l*) Marezoll, p. 134-136, où il concilie d'une manière satisfaisante la contradiction apparente existant entre la L. 13, § 8, de his qui not. (III, 2), et la L. 2, stellion. (XLVII, 20).

(*m*) Marezoll, p. 167.

tion de Justinien ; mais l'usure est toujours infamante (*n*).

III. Obligations résultant de certains contrats, indépendamment de délits.

Ici encore, le jugement est infamant. Les actions qui portent ce caractère sont, d'après les termes de l'édit, les actions : pro socio, tutelæ, mandati, depositi. Ce qui est, en grande partie, confirmé par plusieurs passages de Cicéron, et par la table d'Héraclée (*o*). Néanmoins, ces derniers textes omettent la *depositi actio*, et ajoutent la *fiduciæ actio,* que Justinien dut naturellement passer sous silence, comme une institution tombée en désuétude. Il est probable qu'anciennement le *depositum* sans *fiducia* n'entraînait pas l'infamie, et que plus tard, bien avant Justinien (L. 10, C. depos.), la *fiducia* ayant été abandonnée, on attribua ses effets au *depositum,* en général. — Ici encore, l'accusé

(*n*) L. 20, C. ex quib. caus. inf. (II, 12).

(*o*) Cicero pro Roscio Com. C. 6, pro Roscio Amer. C. 38, 39, pro Cæcina, C. 2 (in fine), et C. 3. Tab. Heracl., lin. 111. — Pour le tuteur, l'infamie résulte, non-seulement d'une condamnation prononcée par suite de la *tutelæ actio,* mais encore de sa destitution comme *suspectus.* § 6, J. de susp. (I, 26); L. 3, § 18, eod. (XXVI, 10); L. 9, C. eod. (V, 43). — Le tuteur encourt aussi l'infamie si, avant l'expiration du délai fixé par la loi, il épouse sa pupille, ou la donne en mariage à son fils, car ces faits sont assimilés au dol. L. 66, pr. de r. n. (XXIII, 2); L. 7, C. de interd. matrim. (V, 6).

pouvait se soustraire à l'infamie, en nommant un procureur (suo nomine... damnatus erit).— L'infamie ne résulte que de la *directa actio* (non contrario judicio damnatus erit); néanmoins la *contraria actio* devient quelquefois infamante, si celui qui défend à cette action se rend coupable de mauvaise foi (*p*).

Quant à la *directa actio,* les jurisconsultes sont très-partagés sur l'importante question de savoir si ces actions sont toujours infamantes ou seulement en cas de *dolus*, auquel cas, comme ailleurs, on assimile la *lata culpa.* Pour la première opinion, la plus sévère, on invoque l'édit du préteur, qui porte en termes généraux et sans parler du *dolus :* « Infamia notatur... qui « pro socio, tutelæ, mandati, depositi...damna- « tus erit; » et encore d'autres textes qui reproduisent la généralité de ce principe (*q*). D'un autre côté, il existe plusieurs textes, où la mauvaise foi est représentée comme le motif, et, par conséquent, comme la condition de l'infamie (*r*). Mais on répond que si, dans de pareilles circonstances, le défendeur se laisse tra-

(*p*) L. 6, § 5, 7, de his qui not. (III, 2).

(*q*) § 2, J. de pœna temere litig. (IV, 16). Tabula Heracl., lin. 111.

(*r*) L. 6, § 5, 6, 7, de his qui not. (III, 2) : « fidem, » « male versatus, » « perfidia. » L. 22, C. ex quib. caus. (II, 12) : « fidem rumpens. » Cicero pro Cæcina, C. 3 : « fraudavit. »

duire en justice, au lieu de payer volontairement, cette *temeritas litigandi* est un véritable *dolus*, qui mérite la peine de l'infamie. Cet argument nous mène à poser quelques principes propres à concilier les deux systèmes. 1° Sil y a dol proprement dit, fraude, etc., point de difficulté; 2° si le tuteur ou le dépositaire, sans avoir commis antérieurement aucun dol, refuse de restituer les biens du pupille ou l'objet déposé : ce cas est identique avec le précédent; 3° si, dans une *arbitraria actio*, l'arbitre ordonne, avant jugement, au défendeur de payer une somme d'argent, que celui-ci s'y refuse et se laisse condamner, une semblable *contumacia* peut ici, comme ailleurs (*s*), être assimilée au *dolus* et entraîner l'infamie; 4° mais il ne faut pas aller plus loin, et étendre l'infamie à d'autres cas. Si donc un mandataire ayant commis une *levis culpa* refuse de payer au mandant une indemnité excessive, et que, traduit en justice, il soit condamné à une indemnité modérée, on ne pourrait évidemment le regarder comme un plaideur téméraire, et le frapper d'infamie répugnerait à toute idée de justice (*t*).

(*s*) Ainsi, par exemple, pour le jusjurandum in litem. L. 2, § 1, de in litem jur. (XII, 3).

(*t*) Donellus, XVIII, 8, § 8-13, développe parfaitement l'opinion plus douce, celle que j'adopte, et réfute, par une savante interprétation, les objections tirées de certains textes. Marezoll,

Pour toutes les obligations sans distinction, l'insolvabilité est une cause d'infamie (bona possessa, proscripta, vendita); c'est ce que disent expressément plusieurs anciens témoignages (*u*). Le droit Justinien nous offre indirectement une trace certaine de ce principe, quand il décide que la vente des biens résultant de la *cessio bonorum*, n'est pas infamante (*v*), par opposition évidente avec la faillite véritable qui entraine l'infamie. On ne saurait déterminer avec certitude ni l'époque ni les motifs de ce changement. Pour rattacher l'exemption de l'infamie à l'abolition de l'ancienne *bonorum venditio*, il faut admettre que l'infamie n'était encourue qu'après la *venditio* parfaite, et non après la vente préparatoire, la simple *possessio bonorum* (*x*).

IV. Acte touchant les rapports des sexes. Ici nous rencontrons beaucoup d'obscurité à cause de l'insuffisance des sources que nous possédons, et parce qu'en cette matière, surtout, les

p. 148-155, soutient l'opinion plus sévère, mais il cite à tort Doneau comme partisan de sa doctrine.

(*u*) Cicero pro Quinctio, C. 15; Tabula Heracl., lin. 113-117; Gaius, II, § 154.

(*v*) L. 8, C. qui bon. (VII, 71); L. 11, C. ex quib. caus. inf. (II, 12).

(*x*) Gaius ne parle que de la *venditio* comme cause d'infamie. Les passages de Cicéron et de la Table d'Héraclée, pris à la lettre, viennent à l'appui de l'opinion contraire.

règles du droit manquaient de précision et de fixité. Voici les différents cas :

1° Inobservation de la durée du deuil.

L'édit du préteur, tel que nous le lisons dans le Digeste, porte : Si une veuve contracte un second mariage avant la fin de son deuil, sont déclarés infâmes : le nouvel époux s'il est *paterfamilias*, ou son père s'il est *filiusfamilias*, le père de la veuve, si elle était en sa puissance, et s'il a autorisé le mariage. L'infamie de la veuve semblerait une conséquence naturelle de ces dispositions; mais l'édit ne la prononce pas. — Au reste, l'infamie fut par la suite étendue à la veuve (*y*).

Ici les anciens jurisconsultes observent que le motif de l'infamie n'est pas un manque de piété envers le défunt, mais uniquement la crainte de la confusion de part, *sanguinis turbatio;* d'où il suit qu'il y a lieu à l'infamie, lors même que la veuve, pour un motif spécial, ne porterait pas le deuil de son mari : si, par exemple, il était coupable de haute trahison. Par contre, si la veuve accouche peu de temps après la mort du mari, le second mariage de-

(*y*) L. 11, § 3, de his qui not. (III, 2). Parmi les manuscrits, les uns portent *si quis*, les autres *si qua ;* cette dernière leçon est évidemment justifiée par l'ensemble du texte. — L. 15, C. ex quib. caus. (II, 12); L. 1, 2, C. de sec. nupt. (V, 9); L. 4, C. ad Sc. Tert. (VI, 56).

vient licite, car la *sanguinis turbatio* n'est plus possible. Ainsi encore, l'inobservation du deuil des parents, même les plus proches, ne donne pas lieu à l'infamie (*z*). Tel est l'ensemble des dispositions du droit Justinien, et là point de difficulté; quant à l'ancien droit, les témoignages semblent tellement contradictoires, qu'on ne peut arriver à des résultats certains que par une étude approfondie de la matière (Cf. appendice VII).

Le temps du deuil était de dix mois; ce qui s'accorde avec la loi physiologique sur la durée de la grossesse qui ne se prolonge jamais au delà de dix mois (appendice III). Les lois des empereurs chrétiens fixèrent la durée du deuil à douze mois (*aa*). — Le droit canon a dans ce cas aboli entièrement l'infamie (*bb*).

2° Double mariage ou doubles fiançailles.

L'édit déclare infâme le *paterfamilias* qui se trouve dans le même temps lié par un double mariage ou de doubles fiançailles; s'il s'agit d'un *filiusfamilias*, le père qui l'a autorisé. Ici encore, l'édit ne parle que de l'homme (*cc*); plus tard,

(*z*) L. 11, § 1, 2, 3; L. 23, de his qui not. (III, 2).

(*aa*) L. 2, C. de sec. nupt. (V, 9).

(*bb*) C. 4, 5, X, de sec. nupt. (IV, 21).

(*cc*) Pour le cas de l'année de deuil si soigneusement détaillé, on voit clairement qu'il ne s'agit que des hommes complices de la veuve; pour le cas des fiançailles, la chose est moins évidente.

cette disposition fut étendue à la femme (*dd*). Quoique l'un de ces deux engagements simultanés se trouvât nul, l'infamie n'en était pas moins encourue, car c'est l'intention que l'on punissait (*ee*). Autrement il n'y aurait jamais eu lieu à l'infamie pour un double mariage, puisque l'existence du premier entraînait la nullité du second (*ff*).

Indépendamment du double mariage et des doubles fiançailles, les fiançailles contractées pendant le mariage étaient une cause d'infamie (*gg*).

3° Les femmes qui font métier de se prostituer (*corpore*, ou bien *palam*, ou bien encore *vulgo quæstum faciens*).

Le texte de l'édit inséré dans le Digeste est

L'emploi du masculin *quive* n'empêcherait pas d'étendre la disposition à la femme, car souvent *quis* s'applique à la fois aux hommes et aux femmes (L. 1, de V. S.; L. 16). Néanmoins dans ce texte *quive* désigne uniquement l'homme, non pas à cause de l'analogie de l'année du deuil, mais surtout à cause de cette autre partie du texte : « Quive suo nomine... ejusve nomine *quem* « *quamve* in potestate haberet, etc. » La mention expresse des deux sexes prouve qu'au commencement du texte la femme a été omise à dessein et parce que c'était l'intention du préteur.

(*dd*) L. 13, § 3, de his qui not. (III, 2).

(*ee*) L. 13, § 4, de his qui not. (III, 2); L. 18, C. ad L. Jul. de adult. (IX, 9).

(*ff*) § 6, 7, J. de nupt. (I, 10).

(*gg*) L. 13, § 3, de his qui not. (III, 2).

muet sur ce point. La *Lex Julia* interdit aux sénateurs et à leurs descendants le mariage avec cette classe de femmes, sans parler d'infamie; elle interdit également à tous les hommes nés libres le mariage avec diverses classes de femmes, sans faire mention des prostituées. Une recherche historique approfondie peut seule expliquer ces différences (appendice VII).

4° L'homme qui se livre aux plaisirs d'autrui (*muliebria passus*) est déclaré infâme par l'édit (*hh*), sans même parler de l'intérêt pécuniaire.

5° L'édit déclare infâme celui qui tient une maison de débauche (*qui lenocinium fecerit*); disposition reproduite par la Table d'Héraclée (lin. 123) (*ii*). — La question de savoir si cette

(*hh*) L. 1, § 6, de postulando (III, 1); L. 31, C. ad L. Jul. de adult. (IX, 9). Le *muliebria passus* n'était pas compris dans l'édit général sur les infâmes (L. 1, de his qui not., III, 2), mais il était traité plus sévèrement que tous les autres. Je reviendrai plus bas sur cette distinction. — La Tab. Heracl., lin. 122, 123, ne s'applique qu'au cas où le *muliebria passus* a reçu de l'argent : « queive corpori (corpore) *quæstum* fecerit? »

(*ii*) Ici *lenocinium* est pris dans son sens propre, celui de maquerellage. L. 4, § 2, 3, de his qui not. (III, 2). *Lenocinium* s'applique encore fréquemment aux entremises d'*adulterium* ou de *stuprum*; si, par exemple, un mari autorise pour de l'argent l'adultère de sa femme. Ces cas ne sont pas prévus ici; ils sont considérés comme *adulterium*, et donnent lieu à un *publicum judicium*. L. 2, § 2; L. 8, pr.; L. 9, § 1, 2, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

cause d'infamie s'applique également aux femmes sera l'objet d'une recherche spéciale (appendice VII).

V. Certaines professions, indépendamment de celles mentionnées num. IV, entraînent l'infamie; ainsi l'édit déclare infâmes :

1° Celui qui a joué publiquement sur un théâtre (*kk*).

2° Celui qui se loue pour un combat de bêtes féroces, alors même que le contrat n'aurait pas reçu d'exécution, ou celui qui dans un amphithéâtre prend part à un combat de bêtes féroces, quand même il ne recevrait point de salaire (*ll*).

Si l'on compare toutes ces causes d'infamie, on y retrouve deux éléments communs. D'abord l'infamie est toujours attachée à une action personnelle de celui qu'on déclare infâme (*mm*),

(*kk*) Qui artis ludicræ pronunciandive causa in scenam *prodierit*. Cette disposition s'applique aux *lanistæ* (Tab. Heracl., lin. 123), mais non aux *athletæ* et aux *designatores* (L. 4, pr. § 1, de his qui not., III, 2). — Un décret du sénat défendit expressément aux personnes de distinction de paraître sur la scène; car souvent, afin de satisfaire leur goût pour la vie de comédien, des jeunes gens appartenant à des familles distinguées se faisaient impliquer dans un procès infamant. Suetonii Tiber., 35.

(*ll*) L. 1, § 6, de postul. (III, 1). Ce n'était pas là un cas ordinaire, mais un cas grave d'infamie. Cf. Tab. Heracl., lin. 112, 113.

(*mm*) Ce principe a été violé, pour la première fois, par la loi qui déclare infâmes les fils des condamnés pour crime de

ensuite à l'acte même, non à la nature de la peine, par exemple, à une peine corporelle (*nn*).

§ LXXVIII. *Signification juridique de l'infamie.*

Je vais d'abord résumer les caractères que présente la nature juridique de l'infamie d'après les différents cas énumérés plus haut.

1° Il faut qu'elle réponde à une idée rigoureusement déterminée, car l'édit en énumère les différents cas, et les anciens jurisconsultes se livrent à des recherches fort exactes sur leurs limites. Cela ressort également des termes dans lesquels l'infamie est étendue à un nouveau cas : « Et videlicet omni honore, *quasi infamis*, ex Senatusconsulto carebit (*a*). » Évidemment le mot technique *infamis* exprime une idée de droit connue et précise, dont le sénat fait l'application à un cas nouveau.

2° Il suit en outre de là qu'il y a des effets déterminés attachés à l'infamie, car autrement l'esprit pratique des anciens jurisconsultes n'aurait pas trouvé d'intérêt à en préciser le sens.

3° Les cas énumérés sont de deux espèces.

lèse-majesté ; mais cette loi a de tout temps encouru une juste réprobation. L. 5, § 1, C. ad L. Jul. majest. (IX, 8).

(*nn*) L. 22, de his qui not. (III, 2). On a souvent, en Allemagne, envisagé la chose autrement.

(*a*) L. 1, pr. ad L. Jul. de vi priv. (XLVIII, 7).

Les uns impliquent une décision judiciaire d'où résulte l'infamie, les autres répondent à un fait extrajudiciaire, que l'on suppose immédiatement connu ou de notoriété. Ce double caractère de l'infamie nous mène à préciser les conditions que doit réunir le jugement dans les cas de la première espèce (*b*). Les auteurs modernes ont à cette occasion divisé l'infamie en *mediata* et *immediata*, distinction superflue et stérile, dont la forme latine pourrait faire croire qu'elle existe déjà dans le langage des sources.

4° A côté de l'infamie définie juridiquement, il existe beaucoup de cas où le sens moral des gens de bien, appréciant certains actes ou les habitudes de toute la vie, inflige le déshonneur d'une manière aussi péremptoire que si les conditions de l'infamie se trouvaient réunies (*c*). D'après cela, les auteurs modernes distinguent une *juris* et une *facti infamia*. Mais le nom d'infamie doit être exclusivement réservé pour la première, et ces expressions techniques doivent être rejetées, non-seulement comme étrangères au langage des sources, mais comme pouvant nous induire à chercher pour l'*infamia facti* des conditions et des effets rigoureusement déterminés, qui appartiennent uniquement à l'infamie véri-

(*b*) Ce sujet est traité avec détails par Marezoll, p. 123 sq.

(*c*) Cela est clairement exprimé dans la L. 2, pr. de obseq. (XXXVII, 15). Cf. Donellus, lib. XVIII, C. 6, § 7.

table, l'*infamia juris*. Les effets que l'on s'est efforcé d'attribuer à l'*infamia facti* se réduisent à l'appréciation entièrement libre, soit du souverain ou de ses ministres, dans le choix des fonctionnaires, soit des juges relativement au degré de confiance que méritent les témoins, ou à la *querela inofficiosi* des frères et sœurs. Ainsi donc, la distinction de deux espèces d'infamie n'est pas seulement inutile, elle peut devenir une cause de confusion et d'erreurs. L'impossibilité d'assigner aucun signe certain à l'infamie dite *facti* montre combien elle diffère de l'infamie véritable. En effet, la mauvaise réputation, même justement acquise, présente une foule de nuances insaisissables; ensuite l'opinion publique n'est pas toujours équitable, elle peut obéir à des préjugés ou accueillir des bruits sans fondement.

Il y a en outre des conditions et des métiers auxquels on attache généralement une idée d'abjection, indépendamment de tout jugement moral. Les termes qui expriment cet ordre d'idées sont aussi vagues que ses effets sur le droit, dont nous trouvons çà et là des traces (*d*).

Voyons maintenant sur quel principe repose l'idée positive et pratique que nous devons

(*d*) C'est cette idée qu'expriment les mots : turpes, viles, abjectæ, humiles personæ. Cf. Marezoll, p. 270 sq.

trouver au fond de l'infamie, d'après les considérations précédentes.

A ne consulter que l'enchaînement immédiat des matières dans les sources du droit, la chose paraît simple et facile. Le Digeste reproduit littéralement le passage de l'édit où sont énumérés les différents cas de l'infamie, et auquel se rapportent toutes les dispositions postérieures. Le préteur fut conduit à parler de l'infamie, afin d'empêcher les personnes infâmes de postuler pour d'autres, c'est-à-dire de paraître comme procureurs devant son tribunal. Aussi, le titre *de his qui notantur infamia* suit immédiatement, dans le Digeste, le titre *de postulando*. Si donc il existait déjà une idée vague d'infamie semblable à ce que les jurisconsultes modernes appellent *infamia facti*, le préteur pourrait être le premier qui lui ait assigné un caractère juridique, des limites précises et des effets déterminés. Dès lors il semble que l'on pourrait en droit définir ainsi l'infamie : la condition de ceux qui régulièrement sont incapables de postuler pour autrui (*e*).

Mais cette définition, examinée de plus près, ne paraît pas admissible. Dès le premier abord, on est frappé de la disproportion qui existe entre le moyen et le but. L'infamie est chose grave et

(*e*) Telle est effectivement l'opinion de la plupart des auteurs, plus ou moins clairement exprimée. Voy. entre autres Marezoll, p. 99, 208, 212.

sérieuse, indépendamment de ses conséquences juridiques, et cette idée morale serait introduite dans le domaine du droit, uniquement comme signe de l'incapacité de postuler pour autrui! Sans doute il importait au préteur d'éloigner de son tribunal les personnes indignes, et tel est le seul motif qui l'ait déterminé à en parler dans l'édit. Mais pour atteindre son but il lui suffisait d'énumérer ces personnes, sans les flétrir du nom d'infâmes. Dira-t-on qu'il imprimait par là une peine juridique à l'infamie morale. Combien le plus souvent cette prohibition était peu efficace! La plupart n'avaient aucun besoin de postuler pour autrui, et ceux mêmes qui auraient eu ce besoin pouvaient, en s'éloignant du tribunal, éviter de trahir leur infamie. Pour les particuliers, cette incapacité n'est, en quelque sorte, pas sensible, et là se montre le défaut de proportion déjà signalé entre le moyen et la fin.

Cette définition est d'ailleurs inconciliable avec le contenu réel de l'édit que je vais maintenant examiner. Le préteur range en trois classes les personnes auxquelles il refuse le droit de postuler, et ainsi il existe trois édits sur cet objet (*f*). La première classe, ou le premier édit, embrasse

(*f*) L. 1, § 1, 7, 9, de postulando (III, 1). « Eapropter « tres fecit *ordines* » — « tres *ordines* prætor fecit non postu- « lantium » — « si fuerit inter eos, qui *tertio Edicto* conti- « nentur. »

ceux dont l'incapacité est absolue, et qui dès lors ne peuvent postuler pour eux-mêmes. Ce sont toutes les personnes au-dessous de dix-sept ans et tous les sourds (*g*); on aurait pu ajouter les muets, s'il n'eût été superflu de leur interdire des plaidoiries orales.

La seconde classe comprend ceux qui peuvent postuler pour eux-mêmes, mais jamais pour les autres. Ce sont les femmes (*h*), les aveugles, et les personnes dont le déshonneur est insigne (*turpitudine notabiles*), c'est-à-dire les hommes qui se livrent aux plaisirs d'autrui, les condamnés pour un crime capital, et ceux qui se louent pour les combats de bêtes féroces (*i*).

Enfin la troisième classe comprend ceux qui, pouvant postuler pour eux-mêmes, sont inhabiles à postuler pour autrui, à moins que ce ne soit pour certaines personnes placées dans des conditions exceptionnelles, telles que la parenté, l'alliance, le patronage, l'impuissance de se dé-

(*g*) L. 1, § 3, de postul. (III, 1).

(*h*) Ce principe souffre néanmoins plusieurs exceptions. Ainsi les femmes ont droit de postuler pour leur père, *causa cognita*, si celui-ci n'a pu se faire représenter autrement (L. 41, de proc., III, 3); elles avaient droit d'entreprendre pour un tiers *cognitoriam operam*, si elle avait lieu *in rem suam* (Paulus, I, 2, § 2). Ainsi donc elles avaient la faculté de devenir cessionnaires d'une action.

(*i*) L. 1, § 5, 6, de postul. (III, 1). J'ai parlé de ces différents genres d'infamie dans l'énumération générale des infâmes (§ 77).

fendre (*k*). Cette troisième classe comprend :

1° Tous ceux pour lesquels un décret du peuple, un sénatus-consulte, un édit ou un décret de l'empereur prononce cette prohibition ;

2° Et en outre, « hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto prætoris *ut infames notantur* (*l*). »

C'est afin de préciser cette dernière disposition que le préteur donne une liste des infâmes, liste qui se trouvait sans doute dans le troisième édit relatif à l'incapacité de postuler totale ou partielle (*m*).

D'après ce tableau des règles du droit, que nous ne prêtons pas aux sources, mais qui s'y trouve directement exprimé, on voit que la filiation des idées et des expressions techniques n'est point telle que la représentent les auteurs modernes. Le préteur ne dit pas : Je défends à certaines personnes de postuler, et je les appelle *infames;* car le choix de cette expression n'eût été nullement motivé; et ensuite on ne concevrait

(*k*) L. 1, § 8, 11 ; L. 2-5, de postul. (III, 1).

(*l*) L. 1, § 8, de postul. (III, 1).

(*m*) Donellus, lib. XVIII, C. 6, § 1, dit que le préteur avait rendu un édit spécial pour les infâmes. Mais il est bien plus vraisemblable que le passage de l'édit cité L. 1, de his qui not., venait immédiatement après le passage cité L. 1, § 8, de postul., et servait d'application au *tertium edictum de non postulantibus*. La forme sous laquelle les compilateurs du Digeste ont traité cette matière paraît avoir induit Doneau en erreur.

pas pourquoi le préteur, au lieu de cette circonlocution du § 6, *in turpitudine notabiles*, n'aurait pas employé le mot *infames*, qui serait ainsi devenu un terme générique, embrassant tous ceux que le défaut de moralité rend incapables. Voici ce que dit effectivement le préteur : Le troisième *ordo* comprend entre autres tous les *infames*, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas été désignés nommément dans le second *ordo*. Par cette manière de s'exprimer, le préteur nous montre l'infamie comme une idée de droit ancienne et connue, dont l'application ne lui offrait aucun doute; mais pour prévenir toute erreur ou tout prétexte d'erreur, il eut soin d'énumérer les *infames* compris dans ce troisième *ordo non postulantium*. Mais dans ce but pratique, il n'avait pas besoin de reproduire sur cette liste les *infames* figurant déjà dans le second *ordo*, et qui n'en étaient pas moins *infames* de nom et d'effet (*n*).

(*n*) On pourrait objecter que le *calumniæ in judicio publico causa judicatus* compté parmi les *infames* de la L. 1, de his qui not., figure déjà dans le secundum edictum de la L. 1, § 6, de postul. Mais ce § 6 ne dit nullement que les condamnés pour *calumnia* soient compris dans le *secundus ordo*, et ainsi ne puissent jamais postuler pour un tiers; il dit seulement qu'un décret du sénat défendit expressément à ces condamnés de postuler devant le *judex pedaneus*. Ainsi, le *calumniæ damnatus* ne figure pas dans deux édits, mais l'ancien jurisconsulte commentateur de l'édit a fait sur cette classe de condamnés une remarque particulière qui eût été mieux placée ailleurs.

Le préteur n'a donc point inventé l'idée de l'infamie, c'était une idée déjà ancienne dont il a eu occasion de se servir en vue d'une mesure rentrant dans l'exercice de ses fonctions. Si les anciens jurisconsultes, en parlant de l'infamie, semblent rapporter son origine à l'édit (*o*), cela n'implique aucune contradiction. En effet, l'édit était certainement le premier document écrit qui fit mention des infâmes, et les jurisconsultes, pour déterminer l'idée juridique de l'infamie, devaient naturellement renvoyer à ce document, et, pour donner à leur exposition plus de certitude et de clarté, ils devaient prendre comme point de départ plutôt le nouveau droit écrit que l'ancien droit non écrit.

§ LXXIX. *Signification juridique de l'infamie.* (Suite.)

Mais si, d'après ce que nous venons de voir, le préteur a trouvé dans l'infamie une institution déjà ancienne, quel sens avait-elle antérieurement àl'édit?

Dans les temps modernes, l'infamie nous ap-

(*o*) L. 5, § 2, de extr. cogn. (L. 13) : « ... vel cum plebeius « fustibus cæditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam « causam quis incidit, *quæ Edicto perpetuo infamiæ causa* « *enumeratur*. » L. 2, pr. de obseq. (XXXVII, 15) : « licet « enim *verbis edicti non habeantur infames* ita condem- « nati, etc. »

paraît comme une peine si elle est seule, ou comme l'aggravation d'une autre peine; c'est l'expression efficace du mépris que l'État inflige par ses organes à un individu. Mais, pour agir ainsi, l'infamie doit être appliquée à un cas déterminé; tant qu'elle reste à l'état de règle générale, son action est morte. En d'autres termes, l'idée moderne répondrait à ce que l'on appelle la *mediata infamia*, car le juge prononce un jugement; mais non à l'*immediata infamia*. Même pour la *mediata*, on doit observer que les Romains la regardent comme suite naturelle de la condamnation, et non comme exprimée par le jugement lui-même, ce qui néanmoins eût beaucoup ajouté à l'effet pénal de l'infamie.

Partout l'opinion publique prononce sur l'honneur ou le déshonneur des particuliers; mais elle devait être doublement importante dans une république telle que Rome, où le choix du peuple donnait le pouvoir et les grandeurs. Cette opinion, comme en général les idées de la multitude, est de sa nature incertaine et changeante; parvenir à la régler et à la fixer, ce serait avoir beaucoup fait. Les Romains possédaient deux institutions immédiatement (*a*) et spé-

(*a*) Je dis immédiatement; car la plupart des peines exercent sur l'honneur des influences médiates. C'est en ce sens que l'*existimatio* est représentée comme *dignitatis inlæsæ status* dans la L. 5, § 1, 2, 3, de extr. cogn. (L. 13). L'*existimatio*

cialement dirigées vers ce but, institutions ayant chacune un caractère différent, mais analogue, et se complétant mutuellement, toutes deux dépendant de la même magistrature : ce sont l'infamie et le pouvoir discrétionnaire des censeurs. Cicéron en parle très-clairement dans le discours *pro Cluentio*. L'infamie reposait sur des règles anciennes et précises, sur des traditions non douteuses (*moribus*); elle ne dépendait d'aucune volonté, bien que dans certains cas, non dans tous, elle dût être prononcée par jugement. Mais comme ces règles ne suffisaient pas aux besoins de la vie réelle, on y suppléa par le pouvoir conféré aux censeurs d'infliger, selon leur conscience, le déshonneur à différents degrés. En vertu de cette autorité discrétionnaire, ils pouvaient expulser un citoyen du sénat ou de l'ordre des chevaliers, le mettre dans une tribu inférieure, ou l'exclure de toutes les tribus. Dans ce dernier cas, il devenait *ærarius* et perdait son droit de suffrage (*b*). Les censeurs pouvaient se contenter d'exprimer un blâme en ajoutant au

peut être diminuée ou détruite. Elle est diminuée par l'infamie, et encore par d'autres peines qui n'entraînent pas l'infamie. Elle est détruite par la perte de la liberté ou du droit de cité. Le citoyen ainsi déchu est mis en dehors de l'honneur civil. Voy., sur ce texte, Appendice, VI, n° IV, V.

(*b*) « de senatu moveri..... in ærarios referri, aut tribu moveri. » Cic., pro Cluentio, C. 43. — « Ærarium reliquissent. » Ib., C. 45.

nom d'un citoyen, sur les listes du cens, une *nota censoria* (*c*). Tout cela ne se faisait pas, nécessairement, d'après un examen approfondi des faits; la rumeur publique, ou même les passions politiques, pouvaient influencer les déterminations des censeurs (*d*). Aussi arrivait-il souvent qu'une semblable *censorum opinio* fût annulée par l'opposition du collègue, ou la volonté de nouveaux censeurs, par une décision judiciaire, ou un décret du peuple (*e*). La permanence de ses effets n'avait donc rien de certain (*f*), bien différente en cela de l'infamie, qui durait toute la vie (*g*). Si donc le pouvoir

(*c*) On trouve fréquemment la simple *subscriptio* ou *notatio censoria*, par exemple : pro Cluentio, C. 42-47.— Quelques-uns de ces cas sont ainsi exprimés : « furti et captarum pecuniarum « nomine notaverunt. » C. 42. Ou « contra leges pecunias acce- « pisse subscriptum est. » C. 43.

(*d*) pro Cluentio, C. 45 et C. 47 : « in istis subscriptionibus « ventum quendam popularem esse quæsitum ... ex tota ipsa « subscriptione rumorem quendam, et plausum popularem esse « quæsitum. »

(*e*) pro Cluentio, C. 43.

(*f*) pro Cluentio, C. 47 : « quid est, quamobrem quisquam « nostrûm censorias subscriptiones omnes fixas, et in perpetuum « ratas putet esse oportere? »

(*g*) pro Cluentio, C. 42 : « turpi *judicio damnati*, in perpetuum « omni honore ac dignitate privantur. » — L'empereur, autrefois le peuple, ainsi que le sénat, pouvaient relever de ce jugement, et il n'y a là aucune contradiction. La volonté de magistrats isolés ne le pouvait pas, et même, du temps de la république, cette restitution solennelle se vit bien rarement, peut-être même

confié aux censeurs sur l'honneur des citoyens offrait le danger de l'arbitraire et de l'injustice (*h*), il y avait plus d'une voie ouverte pour y remédier. L'infamie, irrévocable de sa nature, était bien plus à redouter. Aussi reposait-elle sur des règles précises et connues, et chacun pouvait l'éviter.

Ce parallèle nous mène à déterminer le caractère pratique de l'infamie. L'infamie n'est autre que la perte de tous les droits politiques, le droit de cité réservé. L'*infamis* devenait *ærarius*, il perdait son droit de suffrage et d'éligibilité (*suffragium et honores*); nous pouvons donc le définir ainsi :

On appelle *infamis* le Romain qui, par appli-

jamais. Le préteur ne le pouvait qu'indirectement, au moyen de la restitution ordinaire, en faisant disparaître la cause de l'infamie : si, par exemple, une procédure irrégulière impliquait un mineur dans un *famosum judicium*, et si celui-ci s'étant fait restituer, le nouveau *judex* le renvoyait de la plainte. L. 1, § 9, 10, de postul. (III, 1.)

(*h*) D'après les termes de Cicéron, on pourrait croire que de semblables injustices étaient fort communes; mais nous ne devons pas oublier que Cicéron attaquait un jugement censorial, et qu'il devait, dans l'intérêt de son client, montrer cette juridiction sous un jour défavorable. Les censeurs usaient vraisemblablement de leurs pouvoirs avec une juste sévérité, autrement cette magistrature n'aurait pas joui d'un aussi grand respect. Des considérations personnelles déterminaient quelquefois les jugements des censeurs, mais ce sont là des exceptions rares, quoique d'ailleurs la partialité ne fût nullement incompatible avec la nature de leurs fonctions.

cation d'une règle générale, non en vertu d'une décision arbitraire des censeurs, perd ses droits politiques tout en conservant ses droits civils.

Avant de chercher à justifier cette définition, je vais en tirer hypothétiquement quelques conséquences qui serviront à la mieux déterminer.

1° L'infamie nous apparaît comme une espèce de *capitis deminutio*, c'est-à-dire demie ou incomplète, *media capitis deminutio*, puisque le citoyen, en perdant ses droits politiques, conserve ses droits civils, et que sa capacité, annulée dans le domaine du droit politique, reste entière dans le domaine du droit civil.

2° L'infamie appartient essentiellement au droit public, bien qu'elle ait aussi des effets en droit privé (*i*).

3° L'infamie produit les mêmes effets que le pouvoir des censeurs dans ses extrêmes limites, mais avec cette différence que, basée sur des règles générales, elle est irrévocable.

4° Comme l'infamie n'était pas réglée par les lois, mais par d'anciennes idées nationales (moribus), il fallait, pour assurer et régulariser son application, la surveillance de l'autorité. Ce soin était confié aux censeurs, qui, en dressant les

(*i*) Burchardi a mis le premier dans tout son jour ce caractère essentiel de l'infamie. Hagemeister l'avait indiqué à la fin de son traité (p. 181), en lui assignant sa place parmi les matières du *jus civitatis*.

nouvelles listes du sénat, des tribus, etc., avaient occasion de porter les infâmes parmi les *ærarii*, c'est-à-dire de les exclure de toutes les tribus. Ils faisaient alors, d'après des règles établies, ce que, dans d'autres cas, ils faisaient arbitrairement; ainsi ils appliquaient les règles sur l'infamie, et les complétaient en vertu de leur pouvoir discrétionnaire (*k*). Si les censeurs négligeaient ce devoir de leur charge, le consul ou le préteur dirigeant les comices pouvait toujours repousser les infâmes qui se seraient présentés comme candidats ou même pour voter.

5° Sous les empereurs, l'infamie dut perdre de son importance, lorsque les droits politiques furent rejetés en seconde ligne, et que les formes des tribus, des listes du cens, etc., n'existèrent plus dans leur ancienne pureté. Dès lors l'infamie ne se montra plus que dans ses effets secondaires, et ainsi s'explique le caractère énigmatique des sources du droit en cette matière.

§ LXXX. *Signification juridique de l'infamie.* (Suite.)

Maintenant je vais prouver que l'infamie consistait effectivement dans la perte de tous les droits politiques du citoyen romain; j'examinerai

(*k*) Cf. Niebuhr, vol. II, p. 448-451 (2e et 3e éd.).

d'abord successivement, puis dans leur ensemble, les parties constitutives de ces droits, *suffragium et honores.*

1° Perte des *honores*. Ici ce mot désigne toute position politique élevée (*dignitas*), et non pas seulement les magistratures; ensuite, il embrasse à la fois la perte d'une dignité présente et l'incapacité des dignités futures.

Cette partie de ma proposition ne saurait être contestée. Cicéron dit formellement que l'infamie ferme à jamais l'*honor* et la *dignitas* (§ 79, *g*). De même, un décret du sénat reconnaît que l'exclusion de tout *honor* appartient essentiellement à la condition de l'*infamis* (§ 78, *a*). — Ce principe s'est toujours maintenu sous les empereurs (*a*), mais singulièrement modifié par le changement de la constitution. Ce n'était plus, comme autrefois, une règle précise de droit obligatoire pour tous les fonctionnaires, c'était une espèce de déclaration impériale, et, naturellement, l'empereur se réservait, quand il s'agirait de conférer une charge, de restreindre ou d'étendre l'idée de l'infamie selon les circonstances. Par là s'expliquent le vague et l'incertitude que l'on remarque dans une loi de Constantin (*b*),

(*a*) L. un., C. de infam. (X, 57); L. 3, C. de re mil. (XII, 36); L. 8, C. de decur. (X, 31).

(*b*) L. 2, C. de dign. (XII, 1) : « Neque famosis, et notatis, « et quos scelus aut vitæ turpitudo inquinat, *et quos infamia* ab

dont les expressions, peu conformes à la rigueur de l'ancien droit, étaient très-bien appropriées au temps où il vivait. — La table d'Héraclée confirme également ce principe, comme je le montrerai plus bas.

2° Perte du *suffragium*, ou, ce qui revient au même, exclusion de toutes les tribus, et relégation parmi les *ærarii* (*c*).

« honestorum cœtu segregat, *dignitatis portæ patebunt.* » — Burchardi observe, avec raison, qu'ici l'idée vague d'une *infamia facti* est substituée à l'idée précise de l'infamie, telle que le droit la définit. Mais on ne doit pas voir là un changement apporté aux règles du droit sur l'infamie, et bien moins encore une interpolation de Justinien. Les derniers mots du texte signifient évidemment : « De pareilles gens ne doivent attendre de l'empereur aucunes marques de distinction. » Or, il n'y a là aucun principe qui doive ou qui puisse donner lieu à des conditions rigoureusement déterminées.

(*c*) Voici quelques détails propres à justifier les expressions dont je me sers : tant qu'il y eut à Rome trois espèces de comices entièrement distincts, l'inscription sur les rôles d'une tribu donnait droit de voter seulement dans les *tributa comicia*, non dans les autres comices. Mais cet ordre de choses changea bientôt. Les curies disparurent, et l'on n'en trouva plus de traces que dans une vaine formalité. Les centuries, étroitement liées aux tribus par de nouveaux rapports, en furent regardées comme partie intégrante (V. Cicero pro Plancio, C. 20, et beaucoup d'autres passages). A partir de cette époque, l'inscription sur les rôles d'une tribu équivaut au droit de suffrage, et ceux qui, relégués parmi les *ærarii*, n'appartiennent à aucune tribu, perdent en même temps le droit de suffrage, et ils n'ont plus ni la capacité ni l'obligation de servir régulièrement dans les armées de la république. Niebuhr, vol. I, p. 492-495, 4e éd. (521-524, 3e éd.). Cf. vol. III, p. 346-352, 383-384.

Ce second point pourrait sembler douteux, car si, quand il s'agit du droit de cité plus ou moins complet à accorder aux villes étrangères, le *suffragium* et les *honores* ne sont jamais séparés, on concevrait que, pour une institution de droit positif comme l'infamie, l'éligibilité eût été retirée à l'infâme, et qu'il eût conservé le droit de suffrage, d'une importance secondaire comparé à l'éligibilité. Mais, en fait, il en était autrement, et voici les témoignages qui le prouvent. D'abord Cicéron, dans le texte cité plus haut (§ 79, *b*, *g*), mettant en parallèle le déshonneur qu'infligent les censeurs et l'infamie, nous représente l'un comme plus facile à encourir, l'autre comme plus redoutable dans ses effets. D'après Cicéron lui-même, le pouvoir des censeurs va jusqu'à reléguer un citoyen parmi les *ærarii;* l'infamie ne saurait donc avoir un effet moindre que le pouvoir discrétionnaire des censeurs à ses dernières limites.

Cela ressort plus directement encore de plusieurs textes, qui tous portent au sujet des comédiens : *tribu moventur*. Ainsi en parlant des atellanes, genre de comédie emprunté aux Osques, Tite-Live et Valère Maxime observent qu'à la différence des comédiens ordinaires, les acteurs qui représentent les atellanes ne sont pas exclus des tribus et incapables de servir dans les légions (*d*).

(*d*) Livius, VII, 2 : « Quod genus ludorum ab Oscis accep-

Saint Augustin dit, en termes généraux, que tous ceux qui font le métier de comédien sont immédiatement expulsés de leur tribu par les censeurs (*e*). Or, comme nous savons que les comédiens étaient infâmes (§ 77), tout nous porte à croire que la perte du droit de suffrage résultait de leur infamie. Cette relation se trouve en quelque sorte formellement exprimée dans le texte de saint Augustin; car, en rapprochant

« tum tenuit juventus, nec ab histrionibus pollui passa est. Eo « institutum manet, ut actores Atellanarum *nec tribu moveantur, et stipendia tamquam expertes artis ludicræ, faciant.* » — Valer. Max., II, 4, § 4 : « Nam neque *tribu movetur*, neque « *a militum stipendiis* repellitur. »

(*e*) Augustinus, De civitate Dei, II, 13 : « Sed, sicut apud Ci- « ceronem idem Scipio loquitur, cum artem ludicram scenamque « totam *probro ducerent*, genus id hominum non modo *honore* « civium reliquorum *carere*, sed etiam *tribu moveri notatione* « *censoria* voluerunt. » Burchardi, p. 46, pense que, d'après ce passage, ce sont les censeurs qui excluent les comédiens de la tribu, et qu'ainsi l'infamie n'est pas encourue de plein droit. Pour concilier ce texte avec les principes, il dit que saint Augustin a pu se tromper en parlant de la censure, institution abandonnée depuis longtemps à l'époque où il vivait. Mais les censeurs étaient chargés de l'exécution des lois sur l'infamie (§ 79); ils dressaient les rôles des tribus, et rayaient les citoyens devenus infâmes depuis le dernier cens. Ainsi donc le texte de saint Augustin ne contredit nullement les règles ici exposées; on peut tout au plus lui reprocher d'avoir employé une expression qui s'applique ordinairement au pouvoir discrétionnaire des censeurs, et qui pourtant convient en elle-même à l'infamie proprement dite.

l'infamie des comédiens et leur exclusion des tribus, il semble identifier ces deux choses (*f*).

Nous pouvons maintenant nous expliquer le rapport, un peu obscur, qui existe entre la table d'Héraclée et les dispositions de l'édit touchant l'infamie. Le décret du peuple, consigné dans cette inscription, ne dit pas un mot de l'infamie, mais il reproduit presque absolument tous les cas représentés comme des cas d'infamie par le préteur. Le décret du peuple interdit à tous ceux

(*f*) Le double sens de l'expression *tribu movere* pourrait là-dessus faire naître des doutes. *Tribu movere* signifie proprement expulser un citoyen de la tribu dont il faisait partie. Mais le citoyen ainsi expulsé peut être mis dans une tribu inférieure, passer d'une tribu *rustica* dans une tribu *urbana*, ou bien être rejeté de toutes les tribus et rangé dès lors parmi les *ærarii* (Niebuhr, II, 448). Si l'on parle du pouvoir discrétionnaire des censeurs, *tribu movere* est pris dans le premier sens, et se distingue de *in ærarios referre*. C'est ainsi que s'exprime Cicéron (§ 79, *b*), et tel est aussi le sens du texte remarquable de Tite-Live sur cette locution (Liv., XLV, 15), texte que j'expliquerai (§ 81, *c*). — S'il s'agit, au contraire, des effets d'une règle générale, de celle relative aux comédiens, par exemple, *tribu moveri* est évidemment synonyme de *in ærarios referri;* car autrement l'omission de la tribu inférieure rendrait l'expression incomplète; d'ailleurs, le changement de tribu convient très-bien au pouvoir discrétionnaire du censeur; mais, présenté comme application d'une règle générale, il aurait un caractère de petitesse et de subtilité. J'ajoute que dans Tite-Live et Valère Maxime (note *d*), *tribu movere* signifie certainement rejeter de toutes les tribus, car cette mesure est rapprochée de l'incapacité du service militaire. Or, cette incapacité résulte de l'exclusion absolue (note *c*), et non du renvoi à une tribu inférieure.

qu'il désigne ainsi de devenir, dans leur ville, *senatores, decuriones, conscripti;* de revendiquer aucun des honneurs attachés à ces fonctions, et d'exercer aucune magistrature donnant l'entrée au sénat, le tout sous peine d'une amende de 50,000 sesterces (9,375 fr.) (lin. 109, 110, 124, 141). On peut trouver là une confirmation aussi bien qu'une réfutation de mes doctrines, car d'un côté la table d'Héraclée exclut des honneurs et des dignités à peu près tous ceux que l'édit appelle *infames,* et, d'un autre côté, elle ne leur ôte pas le droit de suffrage. On ne saurait objecter qu'à cette époque les municipes et les colonies n'avaient pas ordinairement d'assemblées du peuple, puisque cette loi même en fait une mention expresse (*g*). Voici plutôt comment s'explique cette différence. La participation aux assemblées du peuple romain, appelé à prononcer sur les plus graves intérêts de l'empire, était bien plus importante que la participation aux comices d'une ville. Il n'y avait donc point inconséquence à exclure des comices de Rome tous ceux que les Romains appelaient *infames,* et à les admettre aux comices des municipes tout en leur refusant, dans ces mêmes municipes, les honneurs et les distinctions. Par là on accélérait ce mouvement qui, sous les empe-

(*g*) Tab. Heracl., lin. 132 : « neve quis ejus rationem *comitiis* « *conciliare* habeto. »

reurs, tendait à transformer les villes italiennes en corporations aristocratiques (*h*), transformation inévitable si l'extension monstrueuse du droit de cité romaine à l'Italie entière devait avoir quelque sens. — La chose envisagée de cette manière, la seule qui puisse jeter du jour sur le caractère énigmatique du décret, on y trouve une confirmation nouvelle du principe que l'infamie est essentiellement de droit public.

Si maintenant on compare les différents cas de l'infamie tels que l'édit les représente et que la table d'Héraclée les énumère, on trouve, pour les cas principaux, une concordance parfaite et que j'ai déjà signalée (§ 77). Si quelquefois la table d'Héraclée se montre plus sévère (§ 77, *c*), cela tient sans doute à ce que la nature des exclusions qu'elle prononce admet plus de rigidité. Mais on peut s'étonner de la trouver, dans certains cas, plus indulgente que l'édit prétorien; ainsi, elle ne parle ni de la violation du deuil ni du double mariage, et elle ne prononce l'infamie contre le *muliebria passus* que s'il se fait payer (§ 77, *hh*). Peut-être, depuis le décret, y eut-il dans les idées un changement qui motiva les dispositions de l'édit; peut-être y furent-elles ajoutées lors des lois Julia et Papia Poppœa, ou, si elles sont plus anciennes, peut-

(*h*) Cf. Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. I, § 6, 7.

être la table d'Héraclée prit-elle en considération les différences du droit de famille existant dans certaines parties de l'Italie, et auquel cette loi toute politique ne voulait pas toucher. Le décret ne fait pas mention de l'action *vi bonorum raptorum;* mais on sait que cette action ne fut introduite qu'à l'occasion des guerres civiles (*t*), et sans doute on ne voulut pas parler, dans une loi fondamentale sur les municipes, d'une action qui se rattachait à des circonstances passagères.

§ LXXXI. *Signification juridique de l'infamie.* (Suite.)

Voici enfin les témoignages à la fois relatifs aux *honores* et au *suffragium*, et qui confirment ma doctrine dans son ensemble; car ils nous représentent l'infamie comme une chose capitale, une *capitis deminutio*, restreinte néanmoins à la perte des droits politiques (§ 79).

Cicéron, dans le discours pro Roscio (cap. 6), dit en parlant des trois actions infamantes, *fiduciæ*, *tutelæ*, *societatis*, qu'elles sont « summæ « existimationis, *et pæne dicam capitis.* » — Dans le discours pro Quinctio, Cicéron examine la question de savoir si son client a réellement

(*t*) Savigny, Zeitsch. f. gesch. Rechtswiss., vol. V, p. 126-130.

fait faillite (bonorum possessio), et il nomme plusieurs fois, et en termes formels, cette procédure une *capitis causa* (cap. 8, 9, 13, 22), ce qui ne peut s'expliquer que par l'infamie résultant de la faillite (§ 77). Cicéron (cap. 15) nous représente l'infamie comme le triste sort qu'il cherche à éloigner de son client; et ainsi l'identité de l'infamie et de la *capitis causa* ressort évidemment de l'ensemble de ce discours.

Voici un texte qui appartient plus directement encore à mon sujet : Tertullien, parlant, de l'infamie des comédiens, appelle leur état une *capitis minutio*, et nous les montre comme privés de tous les honneurs et de toutes distinctions (*a*). — Le rescrit de Sévère, cité par Modestin, et portant que l'explusion du sénat n'est pas une *capitis minutio*, s'accorde avec ces principes (*b*). Ces expressions ont pour but de dis-

(*a*) Tertullianus de spectaculis, C. 22 : « Quadrigarios, scenicos.... manifeste damnant *ignominia et capitis minutione*, « arcentes curia, rostris, senatu, equite, ceterisque honoribus. » Si l'on pouvait prendre chaque expression de cet auteur dans sa signification rigoureuse, l'exclusion des *rostris*, énumérée parmi les conséquences de l'infamie, signifierait évidemment la défense de paraître devant la tribune aux harangues, c'est-à-dire de participer aux assemblées du peuple, et nous saurions directement, d'après ce texte, que l'infâme devenait *ærarius*.

(*b*) L. 3, de senator. (1, 9) : « Senatorem remotum senatu « *capite non minui*, sed morari Romæ, D. Severus et Antoninus « permiserunt. » Dans ce cas, l'infamie n'était pas encourue; c'est ce que montre surtout l'addition de *sed morari Romæ;* et

tinguer profondément la perte de la dignité sénatoriale, de l'incapacité générale attachée à l'infamie. L'empereur veut dire uniquement : la déposition d'un sénateur n'est pas infamante; et comme, pour rendre cette idée, il se contente de dire qu'elle n'entraîne pas la *capitis minutio*, il reconnaît par là même l'identité de la *capitis minutio* et de l'infamie.

Enfin, cette doctrine s'accorde parfaitement avec un passage remarquable de Tite-Live (XLV, 15), dont j'ai déjà parlé. Anciennement, on reléguait tous les affranchis dans les quatre tribus urbaines, moins considérées que les autres. Mais cette règle ayant été tantôt soumise à des exceptions légales, tantôt violée abusivement, les affranchis se trouvèrent dispersés dans toutes les tribus. Pour réprimer définitivement ce désordre, le censeur Gracchus résolut d'expulser les affranchis de toutes les tribus, c'est-à-dire de les réduire à la condition d'*ærarii*, ou de leur ôter le droit de suffrage. Son collègue Claudius

cette addition peut paraître singulière, car la *capitis deminutio* réellement encourue n'entraînait pas la prohibition de demeurer à Rome. Voici à quoi ces mots se rapportent. Les soldats congédiés honteusement, et que ce fait rendait infâmes, ne pouvaient habiter Rome ni aucune résidence impériale. (L. 2, § 4, de his qui not.; L. 3, C. de re milit.) Ainsi donc le rescrit veut dire qu'on ne doit pas se laisser tromper par une fausse analogie, et croire que le sénateur expulsé soit, comme le soldat congédié honteusement, déclaré infâme et obligé de quitter Rome.

s'opposa à cette mesure, qu'il regardait comme violente et illégale.

Enfin, les deux censeurs s'accordèrent, tout en conservant aux affranchis le droit de suffrage, à les reléguer dans les quatre tribus urbaines, ou plutôt dans une seule qui serait désignée par le sort. Claudius, dans le discours où il combat l'exclusion complète des affranchis, s'exprime en ces termes : « negabat... *suffragii* « *lationem* injussu populi censorem cuiquam ho- « mini, nedum ordini universo, adimere posse. « Neque enim, si tribu movere posset, quod sit « nihil aliud, quam mutare jubere tribum, ideo « *omnibus XXXV tribubus emovere posse*, *id est* « *civitatem libertatemque eripere* (*c*). » Ici, il est

(*c*) La translation dans une tribu inférieure, et l'exclusion de toutes les tribus, sont distinguées ici plus nettement que partout ailleurs. *Tribu movere* ne s'applique qu'au changement de tribu ; et comme il s'agit du pouvoir arbitraire des censeurs, cela confirme ce que j'ai dit (§ 80, *f*) sur l'emploi de cette expression. On lit dans le même chapitre de Tite-Live, au sujet des mêmes censeurs : « Plures quam a superioribus et senatu emoti sunt, et « equos vendere jussi. Omnes idem ab utroque *et tribu remoti*, « *et ærarii facti.* » Ici donc se retrouve la même distinction que dans Cicéron (§ 79, *b*). — Si Claudius, dans son discours, dénie aux censeurs le droit d'expulser un citoyen de toutes les tribus et de le réduire à la condition d'*ærarius*, Tite-Live lui prête une polémique aventureuse, car les censeurs avaient incontestablement ce droit; et j'en citerai pour preuve, non-seulement le témoignage de Cicéron (§ 79, *b*), mais la conduite de Claudius lui-même, que Tite-Live nous a montré rangeant parmi les

dit formellement que la perte du droit de suffrage, ou l'exclusion de toutes les tribus, entraîne la perte du droit de cité, — quant aux droits politiques seulement, non quant aux droits civils. Si maintenant il est établi par les témoignages cités (§ 80) que l'infâme était exclu de toutes les tribus, on voit par le discours de Claudius qu'il encourait la perte des droits politiques, et, par conséquent, une *capitis deminutio*.

Sous les empereurs, la jouissance des droits politiques perdit bientôt de son importance, et ce changement ne fut pas sans influence sur les idées et le langage des jurisconsultes. Dès lors, les expressions *capitis deminutio* et *capitis causa* ne s'appliquèrent plus aux cas de la simple infamie, mais à la perte complète du droit de cité. Et voilà pourquoi, dans les sources du droit, la *capitis deminutio* se rapporte exclusivement à la capacité du droit privé (appendice VI, num. XIII). — Un passage remarquable de Modestin atteste cette modification du langage.

L. 103, de V. S. (L. 16).

« Licet *capitalis* latine loquentibus omnis « causa existimationis videatur, tamen appella- « tio *capitalis*, mortis vel amissionis civitatis in- « telligenda est. »

ærarii, de concert avec son collègue, les sénateurs et les chevaliers expulsés de toutes les tribus.

C'est-à-dire, dans le langage actuel des jurisconsultes et des lois impériales, la mort et la perte du droit de cité sont les seules peines capitales; néanmoins, chez les auteurs classiques (latine loquentibus), l'infamie est aussi rangée parmi les peines capitales (*d*). — L'assertion générale de Modestin se trouve confirmée par les applications particulières d'un grand nombre de textes (*e*).

(*d*) Ainsi, Modestin distingue une phraséologie ancienne et une phraséologie nouvelle : l'une générale, l'autre juridique, car elle fut créée par les jurisconsultes. Marezoll, p. 112, 113, se trompe lorsqu'il entend par *latine loquentibus* le langage de la vie ordinaire, et ne voit dans les textes de Cicéron cités plus haut qu'une exagération oratoire. Si nous ne connaissions que le passage du discours pro Roscio, cette opinion aurait quelque vraisemblance; mais elle est impossible à soutenir en présence du discours pro Quinctio, où l'expression *latine loquentes* reparaît tant de fois, et comme une expression connue de tout le monde.

(*e*) § 2, J. de publ. jud. (IV, 18) : Capitalia dicimus, quæ « ultimo supplicio afficiunt, vel aquæ et ignis interdictione, vel « deportatione, vel metallo. Cetera *si quam infamiam irrogant* « cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, *non tamen* « *capitalia.* » § 5, J. de cap. dem. (I, 16); L. 28, pr. § 1; L. 2, pr. de publ. jud. (XLVIII, 19); L. 14, § 3, de bon. lib. (XXXVIII, 2); L. 6, C. ex quib. caus. inf. (Sur ce dernier texte, voy. appendice VI, n° V). — Le rescrit de Sévère (note *b*) semble ici faire une exception; mais nous ne devons pas être surpris de trouver quelque incertitude dans un changement de langage qui, sans doute, s'est accompli graduellement : d'ailleurs le rescrit se sert de l'ancienne phraséologie par voie de négation, c'est-à-dire d'une manière indirecte, et non pour établir une disposition originale et positive.

§ LXXXII. *Conséquences secondaires de l'infamie.*

On a vu que l'infamie appartenait essentiellement au droit public; néanmoins elle exerce sur le droit privé diverses influences, que je vais énumérer.

1° La première, dont j'ai déjà parlé (§ 78), est relative à la capacité de postuler en justice. L'infâme ne peut introduire une demande devant le préteur que pour lui-même ou pour certaines personnes placées dans une position exceptionnelle (§ 78, *k*). Ainsi, en principe, il ne peut postuler pour autrui.

De là il résulte que, sauf les cas exceptés plus haut, l'infâme ne peut être ni *cognitor* (*a*) ni

(*a*) Fragm. Vatic., § 324 : « Ob turpitudinem et famositatem « prohibentur quidem (ms. *quidam*) *cognituram suscipere*, ad- « sertionem non, nisi suspecti prætori. » Paulus, I, 2, § 1. « Omnes infames, qui postulare prohibentur, *cognitores fieri* « *non possunt*, etiam volentibus adversariis. » — En faveur de la leçon du manuscrit *quidam*, on pourrait dire que ce mot désigne une classe de personnes exceptées. Mais ici il s'agit d'une loi générale, et *quidem* est suffisamment justifié par l'opposition entre l'*adsertio* et la *cognitura* : comme le jurisconsulte avait précisément en vue cette opposition, il passa l'exception sous silence. — Ce principe de l'ancien droit a subi une singulière métamorphose dans le décret de Gratien, *c*. 1, C. 3, *q*. 7 : « Infamis « persona nec procurator esse potest nec cognitor. » Cette règle est attribuée à une Romana synodus qui l'avait sans doute tirée du Breviarium. Cette rédaction, qui ne se trouve ni dans le texte

procurator; car les incapacités personnelles sont les mêmes pour l'une et l'autre qualité (*b*).

De là il résulte en outre, et ce point est important, que l'infâme ne peut devenir cessionnaire d'aucune action (*c*); car pour opérer la cession il eût fallu le nommer *cognitor* ou *procurator* (*d*). Cette conséquence de l'infamie disparut dès que l'on eut commencé à effectuer la cession sans nommer de *cognitor* ou de *procurator,* au moyen des *utiles actiones*. En effet, le cessionnaire agissant dans son intérêt propre, ce qui était toujours permis à l'infâme, et ne figurant plus comme *procurator*, on ne pouvait lui opposer la lettre de l'édit (*e*).

de Paul ni dans l'*interpretatio* que nous possédons, appartient à une recomposition postérieure. (Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. II, § 20.)

(*b*) Fragm. Vatic., § 322, 323.

(*c*) Paulus, I, 2, § 3 : « *In rem suam* cognitor procuratorve « ille fieri non potest, *qui pro omnibus postulat.* » Par là sont repoussés tous ceux compris dans le second et dans le troisième édit de postulando. Aussi, l'*interpretatio* applique avec raison cette règle à l'exclusion des infâmes. — Ce texte pourrait, d'après ses termes, être aussi entendu de l'exclusion des femmes, si on ne lisait dans le paragraphe 2 qui précède immédiatement : « Feminæ in rem suam *cognitoriam* operam suscipere non pro- « hibentur. » (Ainsi donc elles ne peuvent exercer la *procuratoriam.*)

(*d*) Gaius, II, § 39. L. 24, pr. de minor. (IV, 4); L. 3, § 5, de in rem verso (XV, 3).

(*e*) L. 9, C. de her. vel act. vend. (IV, 39) : « *utiliter* eam « movere *suo nomine* conceditur. » Suo nomine, c'est-à-dire

Enfin, l'infâme était incapable d'intenter une action purement populaire ; car l'amende attribuée à l'accusateur n'avait d'autre objet que de garantir l'intérêt public, et il agissait alors comme *procurator* de l'État (*f*). Si l'accusateur avait en même temps un intérêt privé, l'action prenait alors un caractère mixte, et elle n'était plus interdite à l'infâme (*g*).

Tout cela était établi en vue de la dignité du préteur. On ne voulait pas que des hommes déshonorés parussent devant lui sans nécessité ou arbitrairement ; aussi Paul dit en termes exprès que le consentement du défendeur n'eût été ici d'aucun effet (note *a*). Mais le défendeur ne devait pas être contraint d'accepter pour contradicteur un *cognitor* ou un *procurator* déshonoré, et, comme sanction de ce droit, il avait une *procuratoria exceptio*, que le préteur n'aurait certainement pu lui dénier par condescen-

qu'on ne peut lui opposer les restrictions spéciales relatives aux procureurs. Vis-à-vis du défendeur, l'action est toujours celle du cédant, et dès lors soumise aux mêmes exceptions qu'avant la cession.

(*f*) L. 4, de pop. act. (XLVII, 23) : « Popularis actio integræ personæ permittitur : hoc est, cui per edictum postulare « licet. » Les femmes aussi étaient exclues. L. 6 eod. — Voy sur ces actions § 73, II.

(*g*) Ce principe n'est formellement exprimé que pour les femmes, L. 6, de pop. act. (XLVII, 23), mais il s'appliquait évidemment aux infâmes.

dance pour l'infâme. Justinien abolit cette exception, tombée d'ailleurs en désuétude (*h*); mais il ne faut pas croire que les infâmes aient pu librement postuler, ce qui serait en contradiction avec les dispositions formelles du Digeste. Seulement, le préteur pouvait les repousser d'office, sans que leur adversaire eût une exception à cet effet, ou pût s'en servir comme d'un moyen dilatoire.

Ce n'est que cette même loi de Justinien (note *h*) qui nous apprend qu'une exception semblable interdisait à l'infâme de se nommer un *procurator*, exception que Justinien abolit également. On pensait probablement qu'il serait plus facile au défendeur de repousser les prétentions d'un demandeur déshonoré, si ce

(*h*) § 11, J. de except. (IV, 13) : « Eas vero exceptiones, « quæ olim procuratoribus propter infamiam, *vel dantis*, *vel* « *ipsius procuratoris*, opponebantur : cum in judiciis frequen- « tari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus : ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur. » — Marezoll, p. 215-217, expose très-bien le motif et les effets de cette innovation, mais il donne des mots *nullo modo* une interprétation forcée. Voici le sens qu'ils présentent naturellement : « Ces « *exceptiones* se présentent très-rarement, preuve qu'elles ne « sont pas un besoin pour la pratique. Nous les avons abolies « pour qu'on ne s'en serve pas comme d'un moyen dilatoire. » *Frequentari nullo modo* exprime l'application rare d'un principe, ce qui est bien différent de son abolition par la désuétude. Au reste, le texte de Théophile peut aisément conduire à cette erreur.

dernier comparaissait en personne. La dignité du magistrat était désintéressée dans la question; aussi ne pouvait-il, comme dans le cas précédent, repousser d'office le *procurator* nommé par l'infâme. Le principe qui avait donné lieu à cette seconde *procuratoria exceptio* devait disparaître avec l'exception même : voilà pourquoi les autres parties du droit Justinien ne nous en offrent aucune trace. Dans l'ancien droit, cette incapacité avait une grande importance : elle empêchait l'infâme d'aliéner ses créances; car pour cela il eût fallu employer la forme d'une cession, c'est-à-dire la nomination d'un *procurator* ou d'un *cognitor*.

2° La restriction de la capacité du mariage est le second effet de l'infamie dans le domaine du droit privé. Étrangère à l'ancien droit, la loi Julia en posa le principe, et l'interprétation des jurisconsultes le développa (*i*). Voici la marche de ce développement.

La loi Julia défendit aux sénateurs et à leurs descendants, sans distinction de sexe, le mariage avec les affranchis et avec certaines personnes déshonorées, désignées spécialement. Elle défendit aux hommes nés libres de contracter mariage avec certaines femmes déshonorées,

(*i*) L'exposition complète de ces principes, appuyée sur le témoignage des sources, se trouve appendice VII. Je n'en donne ici qu'un résumé sommaire.

qu'elle désignait également. L'énumération de ces personnes n'est pas tout à fait la même dans les deux cas.

Les jurisconsultes firent subir à ces principes une double modification. Ils étendirent les cas de déshonneur d'une classe à l'autre; puis ils ramenèrent ces différents cas au principe général de l'infamie, et posèrent comme règle que le mariage était défendu aux sénateurs et aux hommes nés libres avec toutes les personnes déclarées infâmes par l'édit.

Ce fut là première occasion d'atteindre les femmes et d'agrandir le cercle de l'infamie. Le préteur ajouta à l'édit les nouveaux cas ainsi créés.

La prohibition de la loi Julia n'avait pas pour effet d'entraîner la nullité de ces mariages, mais seulement de leur ôter leurs priviléges, en d'autres termes, de laisser subsister les peines portées contre le célibat.

Un décret du sénat, rendu sous Marc Aurèle, prononça, il est vrai, la nullité des mariages, mais pour les sénateurs seulement, et encore des mariages contractés avec des affranchis, ou avec certaines personnes exerçant des professions déshonorantes, par exemple, les comédiens; principe qui ne fut jamais appliqué à tous les infâmes sans exception.

Les prohibitions de la loi Julia tombèrent

d'elles-mêmes quand les lois des empereurs chrétiens eurent aboli les peines du célibat, et Justinien abrogea le décret relatif aux mariages des sénateurs.

Dès lors l'infamie cessa entièrement d'être applicable aux femmes; c'est pourquoi les rédacteurs du Digeste, en insérant l'édit sur les infâmes, omirent toutes les additions ayant les femmes pour objet.

Ces effets secondaires de l'infamie, prise dans son sens juridique, sont les seuls qui lui appartiennent réellement. Les jurisconsultes modernes en ajoutent à tort plusieurs autres.

Suivant eux, les infâmes sont incapables de figurer comme témoins, soit en justice, soit dans les actes solennels (*k*); mais jamais le droit romain n'a posé ce principe général. D'après les anciennes lois, les condamnés pour certains crimes étaient expressément déclarés incapables de déposer comme témoins. Une novelle de Justinien ordonne de n'admettre pour témoins que des personnes de distinction, également recommandables par leur réputation et leur position sociale (*l*). On voit que cette prescription, dont l'exécution est d'ailleurs impossible, n'a rien de commun avec l'infamie juridique; son caractère

(*k*) Cette opinion est très-répandue. Voyez entre autres Linde, Lehrbuch des Civilprozesses, § 258 (4[e] éd.).

(*l*) Nov. 90.

est même encore plus vague que celui de l'*infamia facti* (*m*) (§ 78). De là nous devons conclure qu'en droit moderne il n'existe pas pour l'infâme d'incapacité absolue de témoigner en justice ou d'assister aux actes solennels. Quant au degré de confiance que peuvent mériter les dépositions d'un infâme, c'est une question abandonnée à l'appréciation du juge, et tout à fait en dehors des principes rigoureux de l'infamie juridique.

Il faut en dire autant de la prétendue application de l'infamie à la *querela inofficiosi*. Les frères et sœurs exclus par testament ne peuvent, dit-on, intenter cette plainte que si l'héritier institué est un infâme. Mais ce ne sont pas là les dispositions de la loi : elle porte que la plainte est admissible si le choix de l'héritier institué est offensant pour les frères et sœurs, et elle cite comme exemples les infâmes, les personnes dont la réputation est décriée ou seulement suspecte, les affranchis, à moins qu'ils n'aient rendu des services signalés au testateur (*n*). Ici encore la loi s'en remet à la prudence du juge, et elle n'a pas en vue les conditions rigoureusement déterminées de l'infamie.

(*m*) Cette question est traitée dans Burchardi, § 6, et dans Marezoll, p. 220-227.

(*n*) L. 27, C. de inoff. test. (III, 28) : « Si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspergantur : « vel liberti qui perperam et non bene merentes... instituti

§ LXXXIII. *Application actuelle de la doctrine de l'infamie.*

Voyons maintenant quelles sont, relativement au droit moderne, les conséquences des principes que je viens d'établir.

Et d'abord quels sont les caractères de l'infamie dans la législation justinienne? Ils se réduisent à la restriction de la capacité des infâmes de postuler pour autrui; et encore l'application de ce principe est abandonnée au magistrat : ce n'est plus un droit personnel de la partie adverse (§ 82). L'infamie avait depuis longtemps perdu sa signification politique, car si les infâmes étaient toujours exclus des honneurs, cette exclusion était en réalité bien différente de celle établie par l'ancien droit, dont il ne reste plus que la lettre et l'apparence (§ 80). Les restrictions relatives à la capacité du mariage avaient également disparu (§ 82).

Mais l'infamie, même ainsi réduite, n'est pas une institution qui soit passée dans le droit moderne de l'Europe, car elle tient à l'organisation

« sunt. » Cette constitution a pour base deux textes du Code Théodosien. L. 1, 3, C. Th. de inoff. (II, 19). Cf. sur cette question Marezoll, p. 246, dont les opinions diffèrent en partie des miennes.

judiciaire des Romains, et par conséquent rentre dans le droit public.

Dans l'organisation judiciaire actuelle, on ne peut se faire représenter en justice que par un procureur ou par un avocat, dont les fonctions sont tantôt réunies, tantôt séparées. Suivant les lois des différents pays, les procureurs et les avocats sont institués par l'autorité publique, ou leurs fonctions sont entièrement privées. Dans le premier cas, c'est une matière qui rentre dans le droit public, et qui, dès lors, suivant les vrais principes, est tout à fait indépendante du droit romain. Quant à l'incapacité des infâmes d'être nommés aux fonctions de procureurs, je renvoie à ce que j'ai dit plus haut sur leur incapacité d'exercer aucunes charges publiques. — Dans le second cas, l'application du droit romain ne serait pas impossible. Alors, et c'est ainsi que plusieurs l'entendent effectivement, on interdirait aux infâmes de rédiger des actes de procédure dans l'intérêt d'un tiers; car, aujourd'hui, les avocats privés n'ont pas d'autres fonctions. Mais cette application, même ainsi restreinte, serait tout au plus conforme à la lettre du droit romain, et non à son esprit. Ce que les Romains trouvaient injurieux pour la dignité du préteur, c'était la comparution de l'infâme, arbitraire et non motivée par un intérêt personnel devant son tribunal; or, le ca-

ractère du rédacteur souvent inconnu d'un acte de procédure ne saurait offenser la dignité du magistrat. Dira-t-on que l'infâme peut être aisément soupçonné de fausser le sens des lois, c'est aborder un tout autre ordre d'idées. S'il appartient au magistrat de surveiller les rédacteurs de la procédure, il doit alors exiger des garanties, tant de moralité que de capacité, et notamment une certaine connaissance du droit. Il ne s'agit plus alors des caractères positifs de l'infamie, mais de l'appréciation morale du mérite personnel.

Les auteurs modernes, sans faire la déduction rigoureuse des principes que je viens d'exposer et s'en rendre exactement compte, ont néanmoins ressenti leur influence. On ne saurait expliquer autrement l'incroyable divergence des opinions sur l'application plus ou moins étendue des principes du droit romain en cette matière (*a*).

Mais, au milieu de cette divergence, il est certains points sur lesquels s'accordent la plupart des auteurs, et les plus accrédités (*b*). Ainsi la manière dont en général on restreint les prescriptions du droit romain donne des résultats à peu près semblables aux miens. En effet, on

(*a*) Cf. Marezoll, p. 346-349.
(*b*) Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 87, 88, 4e éd.

exclut d'abord tous les cas où l'infamie était encourue sans l'intervention de l'autorité judiciaire (*immediata*), puis, pour les cas de l'infamie dite *mediata*, tous les jugements rendus sur des délits privés ou relativement à des contrats. L'infamie juridique, je ne parle pas de l'*infamia facti*, ne résulterait donc que des condamnations criminelles, sauf la question de savoir si l'on doit excepter les *extraordinaria crimina* (§ 77, c), exception qui s'accorderait mal avec le droit criminel actuel. — La Caroline frappe expressément d'infamie les parjures et ceux qui exercent le *lenocinium* sur la personne de leurs femmes ou de leurs enfants (*c*). D'autres lois de l'empire établissent l'infamie comme conséquence de l'injure (*d*), ou la prononcent comme une peine nouvelle contre certains délits (*e*).

Ainsi réduite, l'infamie, en droit moderne, aurait encore les effets suivants :

1° Incapacité d'exercer aucune fonction honorifique, ou aucune charge municipale;

(*c*) C. C. C., art. 107, 122.

(*d*) Décisions impériales de 1668, 1670. Sammlung der Reichsabschiede, Th. IV, p. 56, 72.

(*e*) Elle est infligée au notaire qui reçoit une cession faite par un juif à un chrétien. R. A. 1551, § 80, aux ouvriers insubordonnés, 1731. Sammlung der Reichsabschiede, Th. IV, p. 379.

2° Incapacité de devenir avocat, procureur ou notaire;

3° Incapacité d'entrer dans les corporations ou colléges de la bourgeoisie;

4° Enfin, tous les effets que le droit romain attache à l'infamie dans le domaine du droit privé, et surtout par rapport à la *querela inofficiosi*.

J'ai déjà exposé mon opinion sur la plupart de ces différents points, et, par exemple, sur la *querela inofficiosi*. Il y a dans les lois impériales une disposition formelle qui exclut les infâmes du notariat (*f*).

On voit que, sous le point de vue purement pratique, le champ de la controverse est singulièrement restreint, et que la doctrine des auteurs modernes les plus recommandables rejette les principales applications de l'infamie romaine. Néanmoins, d'après les motifs développés plus haut, je ne saurais souscrire à une application même si restreinte, et voici toute la part que je fais au droit romain en cette matière.

Depuis le moyen âge, certaines règles sur

(*f*) L'ordonnance sur le notariat de 1512, § 2, interdit les fonctions du notariat « aux *infâmes*..., et enfin à tous ceux « qui ne sont pas admis à déposer en justice. » Cette disposition repose évidemment sur l'opinion erronée de plusieurs jurisconsultes, que, d'après le droit romain, les infâmes ne peuvent jamais figurer comme témoins.

l'honneur et le déshonneur se sont formées dans plusieurs pays de l'Allemagne, sous l'influence des idées germaniques. Ces règles participent de la nature des institutions de droit, surtout en ce qui touche l'admission dans diverses corporations, et elles ont été confirmées soit par des lois positives, soit par la coutume, soit par les statuts de ces corporations. Les jurisconsultes ayant souvent concouru à l'établissement de ces règles, les prescriptions du droit romain, plus ou moins bien comprises, ont eu ici leur influence.

Sans nier cette influence indirecte du droit romain, il faut reconnaître qu'elle tient aux méprises déjà signalées sur la véritable nature de l'infamie, et qu'elle n'a jamais eu beaucoup de portée. Parmi ces méprises, il faut ranger les lois impériales, qui, dans certains cas, prononcent l'infamie ou la regardent comme valablement encourue (§ 83, *c*, *d*, *e*, *f*), et dès lors on ne saurait invoquer ces lois comme arguments contre mon opinion, pour prouver que l'infamie romaine fait partie du droit commun.

Dans les différents cas où notre droit criminel prononce l'infamie, soit comme peine, soit comme conséquence d'une peine, je ne puis admettre qu'elle ait en droit les effets déterminés qu'on lui attribue ordinairement, mais je suis loin de méconnaître la réalité et l'efficacité

de son action pénale. Ainsi, quand l'infamie est prononcée par le juge ou apparaît comme résultat immédiat d'une peine, l'effet irrémédiable qu'elle produit sur l'opinion publique est un mal très-réel, alors même qu'on ne peut lui assigner aucun effet juridique (*g*).

§ LXXXIV. *Restriction de la capacité du droit pour cause de religion.*

Depuis l'établissement du christianisme, le principe que certaines différences de religion doivent entraîner une diminution de la capacité s'introduisit peu à peu dans le droit romain.

I. *Pagani.* Les sectateurs de l'ancienne religion qui avaient si longtemps persécuté les chrétiens furent, suivant les époques, traités avec plus ou moins de rigueur, quelquefois même soumis aux lois pénales les plus cruelles. De semblables lois ne pouvaient avoir pour objet la restriction de la capacité, car elle suppose un état de tolérance

(*g*) Plusieurs cas de l'infamie dite *infamia immediata* prêtent surtout à la critique ; celui, par exemple, des *bina sponsalia*, ou fiançailles faites sans une rupture formelle de fiançailles antérieures ; le mariage du tuteur ou de son fils avec la pupille avant le délai légal (§ 77, *o*). Ici l'oubli de simples formalités peut être au fond parfaitement innocent. Or, en aucune matière le législateur ne doit plus éviter toute apparence de contradiction avec l'opinion publique.

et est incompatible avec des mesures de proscription. Quelquefois ils furent protégés par les lois contre les violences arbitraires des particuliers (*a*).

II. *Judæi*. En principe, les juifs avaient les mêmes droits que les chrétiens (*b*); seulement, le mariage entre les chrétiens et les juifs était absolument interdit et soumis aux peines de l'adultère (*c*). Cette loi toute positive ne doit pas être regardée comme conséquence du refus du *connubium* prononcé contre les étrangers; car l'absence du *connubium* n'avait pas le caractère d'une prohibition, et ne donnait lieu à aucune peine; d'ailleurs les juifs avaient de tout temps obtenu individuellement le droit de cité, et la loi de Caracalla, qui conféra le droit de cité à tous les sujets de l'empire, dut profiter aux juifs et à leurs descendants.

III. *Hæretici*. Les chrétiens déclarés hérétiques par un concile encouraient des peines quelquefois très-sévères, qui furent portées tantôt contre des hérésies alors dominantes, celles des manichéens et des donatistes, par exemple, tantôt contre toutes les hérésies en général. Au nombre de ces peines figurent plusieurs restrictions de la capacité. Ordinairement on les déclarait inca-

(*a*) L. 6, C. de paganis (I, 11).
(*b*) L. 8, 15, C. de judæis (I, 9).
(*c*) L. 6, C. de judæis (I, 9).

pables d'hériter et de tester; quelquefois aussi on leur interdisait les donations, la vente, tous les contrats, toutes les actions et tous les actes juridiques (*d*).

IV. *Apostatæ*. On rendit des lois spéciales contre ceux qui, abandonnant la doctrine orthodoxe de l'Église, se livraient à une des trois classes d'erreurs dont je viens de parler. Ces lois s'appliquaient, tantôt à une seule de ces classes, tantôt à plusieurs ou à toutes; de sorte que le mot *apostata* reçoit, suivant les cas, diverses significations. De même que l'hérésie, l'apostasie donnait souvent lieu à des restrictions de la capacité, et surtout à l'interdiction du droit d'hériter et de tester (*e*).

De toutes ces prescriptions, le droit romain actuel, et spécialement le droit commun de l'Allemagne, n'en a conservé qu'une seule, la prohibition du mariage entre les juifs et les chrétiens. Le paganisme et l'hérésie tels que l'entendaient les empereurs romains, par conséquent l'apostasie relative à ces sortes de croyance, n'existent plus; il y a donc impossibilité de les punir. Sans doute, en embrassant le judaïsme, un chré-

(*d*) L. 4; L. 19, pr.; L. 21; L. 22, C. de hæret. (I, 5). Auth. *Item*, et Auth. Friderici *Credentes*. C. eod. — L. 7, 17, 18, 25, 40, 49, 58, C. de hæret. (XVI, 5).

(*e*) L. 2, 3, 4, C. de apost. (I, 7); L. 1, 2, 4, 7, C. Th. de apost. (XVI, 7).

tien peut encore apostasier; mais on trouverait difficilement un jurisconsulte qui voulût appliquer à ce fait les dispositions du droit romain.

Depuis la réforme, de nouvelles dissensions religieuses ont agité l'Europe, et les divers partis furent tour à tour l'objet de rigueurs et d'exclusions semblables à celles des lois romaines. Mais en Allemagne s'établit de bonne heure un certain équilibre, garanti par des règles et une législation invariable. Dès lors il y eut égalité entre les trois grandes communions religieuses d'après le droit commun, égalité qui n'était nullement reconnue par les lois de plusieurs pays, et cette divergence avait sa base hypothétique dans les dispositions du traité de Westphalie.

L'acte de confédération de 1815 a changé l'état des choses. Il établit, dans tous les pays de la confédération, l'égalité civile et politique pour tous les membres de ces communions chrétiennes, et cela en termes absolus, auxquels les législations particulières ne peuvent nulle part faire exception (*f*). Le même acte porte qu'il sera statué ultérieurement sur l'état civil des juifs.

(*f*) Acte de confédération, art. 16 : « Les différences existant entre les diverses communions chrétiennes ne peuvent « entraîner aucune inégalité quant à la jouissance des droits « civils et politiques dans les États et dépendances de la confédé- « ration. »

§ LXXXV. *Personnes juridiques. Définition.*

Digest., III, 4. Quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur.

Digest., XLVII, 22. De collegiis et corporibus.

Auteurs qui ont traité ce sujet historiquement :

Wassenaer, ad tit. D. de coll. et corp. L. B. 1710. (Fellenberg, Jurispr. ant., I, p. 397-443.)

Dirksen, Zustand der juristischen Personen nach R. R. (Abhandlungen, vol. II, Berlin, 1820, p. 1-143.)

Auteurs qui ont écrit sur la pratique :

Zachariæ, Liber quæstionum, Viteb., 1805, 8, Qu. 10, De jure universitatis.

Thibaut, Civilistische Abhandlungen, Heidelberg, 1814, n. 18. Über die rechtlichen Grundsætze bey Vertheilung der Gemeindesachen. Thibaut, Pandectenrecht, § 129-131, 8ᵉ éd.

J. L. Gaudliz s. Haubold, De finibus inter jus singulorum et universitatis regundis, Lips., 1804; dans Hauboldi Opusc., vol. II, Lips., 1829, p. 546-620, p. LXIII-LXXIX (*a*).

Lotz, Civilistische Abhandlungen, Coburg und Leipzig, 1820, n. IV, p. 109-134.

(*a*) Cette dissertation est ordinairement citée sous le nom de Gaudliz ; je la cite sous le nom de Haubold, parce qu'en fait elle est l'œuvre de tous deux. Cf. Opusc., vol. I, p. XV.

Kori, von Gemeinheits-Beschlüssen, und von Pseudo-Gemeinheits-sachen ; dans Langenn und Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen, vol. II, Dresden und Leipzig, 1830, n. 1, 2, p. 1-39.

J'ai traité de la capacité du droit, comme répondant à l'idée de l'individu ; je l'envisage ici comme étendue artificiellement à des êtres fictifs. On les appelle personnes juridiques, c'est-à-dire personnes qui n'existent que pour des fins juridiques, et ces personnes nous apparaissent à côté de l'individu, comme sujets des rapports de droit.

Mais pour préciser convenablement cette idée, il importe de tracer les limites du domaine où se déploie la capacité des personnes juridiques. L'oubli de cette détermination a donné lieu à de nombreuses méprises.

Et d'abord, comme il ne s'agit ici que du droit privé, ce ne sont que les rapports du droit privé auxquels s'applique la capacité artificielle de la personne juridique. Souvent, dans le domaine du droit public, certains pouvoirs ne peuvent s'excercer que par une assemblée ou unité collective. Considérer une semblable unité, par exemple les colléges de juges, comme personnes juridiques, ce serait confondre toutes les idées, car le caractère essentiel de l'institu-

tion, la capacité de posséder, manque à la plupart de ces colléges, bien que quelques-uns, indépendamment de leur fonctions judiciaires, puissent avoir acquis le caractère de personnes juridiques. C'est également à tort que plusieurs auteurs regardent comme personne juridique la succession non interrompue des souverains dans une monarchie héréditaire (*b*). Ces pouvoirs collectifs de droit public devaient être familiers aux Romains, qui eurent pendant tant de siècles une forme de gouvernement républicaine, et c'est en ce sens qu'ils parlent d'un collége de consuls ou de tribuns du peuple (*c*). Ainsi, ils disent que les duumvirs d'une ville constituent une unité, et que leur charge est censée exercée par une seule personne (*d*).

Ainsi, quand même tous les *judices* nommés dans une affaire seraient successivement remplacés par d'autres, le *judicium* ne changerait pas pour cela (*e*). Mais ils n'appliquent ces expressions et ces principes qu'au droit public

(*b*) Hasse, Archiv., vol. V, p. 67.

(*c*) Livius, X, 22, 24. Cicero, in Verrem, II, 100; pro domo, 47.

(*d*) L. 25, ad munic. (L. 1) : « Magistratus municipales, « cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis « vicem sustinent. »

(*e*) L. 76, de judic. (V, 1). — De même la Novelle 134, C. 6, porte que le rescrit adressé à un employé des provinces doit être également observé par son successeur.

ou à la procédure, et ils les distinguent profondément des principes du droit privé sur les personnes juridiques, distinction conforme à la nature des choses, et que les auteurs modernes n'ont pas si bien observée. Les classes, les centuries et les tribus étaient aussi d'importantes unités politiques; mais elles ne paraissent pas avoir jamais figuré comme personnes juridiques, c'est-à-dire comme habiles à posséder une propriété commune (*f*).

Un second point non moins essentiel est que la personne juridique n'affecte que le droit des biens, et par là se trouve exclue la famille. En effet, tous les rapports de famille tiennent originairement à l'homme naturel, et leurs transformations juridiques ont un caractère relatif et secondaire (§ 53, 54); dès lors, on ne saurait les appliquer à d'autres sujets que l'homme. Les biens, au contraire, sont de leur nature une extension de puissance (§ 53), un moyen de garantie, de développement pour l'activité libre. Ce rapport peut affecter tout aussi

(*f*) Néanmoins, je ne saurais me prononcer là-dessus. Sueton., Aug., 101, rapporte qu'Auguste laissa, par son testament, 7,500,000 fr. au peuple, 18,750 fr. à chaque tribu. « Legavit « populo rom. quadringenties, tribubus tricies quinquies HS. » (C'est-à-dire, autant de fois 100,000 sesterces.) Ce texte peut encore s'entendre ainsi : Auguste laissa 7,500,000 fr. au trésor public; 18,750 fr. devaient être partagés aux citoyens de chaque tribu. Cf. Averanius, II, 19.

bien la personne juridique que l'individu, et les fins pour lesquelles a été créée la personne juridique peuvent être aussi bien atteintes au moyen des biens que celles de l'individu. Quant aux extensions artificielles de la famille, elles sont de deux espèces (§ 55, 57). Les unes sont destinées à préciser et à garantir certaines conditions inhérentes à la nature de l'homme, et, dès lors, elles sont inapplicables aux personnes juridiques; les autres ont pour objet le droit des biens, et peuvent s'étendre aux personnes juridiques comme le droit des biens lui-même.

Voici donc les rapports de droit que soutiennent les personnes juridiques : la propriété et les *jura in re*, les obligations, les successions comme moyen d'acquérir, le pouvoir sur les esclaves, le patronage et, dans les temps plus modernes du droit romain, le colonat. D'un autre côté, le mariage, la puissance paternelle, la parenté, la *manus*, la *mancipii causa* et la tutelle ne peuvent appartenir aux personnes juridiques. Cela nous conduit à définir avec plus de précision la personne juridique, comme un sujet du droit des biens créé artificiellement.

— Mais en restreignant aussi dans le domaine du droit privé, et notamment du droit des biens, la capacité des personnes juridiques, je ne prétends pas dire que, dans la réalité des

choses, cette capacité soit leur caractère exclusif ou même dominant. Elles ont, au contraire, des buts spéciaux, souvent bien supérieurs à cette capacité, et dont celle-ci n'est que l'instrument (*g*). Mais, pour nous, les personnes juridiques ne sont que des sujets capables de posséder, car tous leurs autres caractères sont en dehors du droit privé.

J'emploie l'expression personne juridique opposée à personne naturelle, c'est-à-dire à l'individu, pour montrer qu'elles n'existent comme personnes que pour une fin juridique. On employait autrefois l'expression de personne morale; je la rejette pour deux motifs. D'abord, elle n'atteint pas l'essence du sujet qui n'a rien de commun avec les rapports moraux; ensuite, appliquée aux individus, elle désigne ordinairement l'opposition de la moralité à l'immoralité, ce qui nous reporte à un ordre d'idées tout différent. — Les Romains n'ont aucun terme générique applicable à toutes les espèces de personnes juridiques; pour les désigner, en général, ils se contentent de dire qu'elles représentent

(*g*) Pour les villes, par exemple, la réunion de leurs caractères politique et administratif est bien plus importante que leur caractère privé, c'est-à-dire leur qualité de personnes juridiques. Les titres du Digeste qui traitent des villes considérées comme corps politiques et administratifs sont liv. L, tit. 1-12; aussi ne les ai-je pas cités en tête du § 85 parmi les sources du droit privé relatives à mon sujet.

une personne (*h*), c'est-à-dire que ce sont des personnes fictives.

§ LXXXVI. *Personnes juridiques. — Leurs différentes espèces.*

Si nous examinons les personnes juridiques, telles qu'elles existent en réalité, nous trouvons entre elles des différences qui influent sur leur nature juridique.

1° Les unes ont une existence naturelle ou nécessaire, les autres artificielle ou contingente. Ont une existence naturelle les communes, les villes et villages dont la plupart sont antérieurs à l'État, du moins sous sa forme actuelle, et qui sont les éléments constitutifs de l'État. Leur qualité de personnes juridiques n'est presque jamais douteuse. On trouve quelquefois, il est vrai, des communes constituées par une volonté individuelle, mais à l'imitation des communes naturelles. Je citerai, par exemple, les colonies romaines, opposées aux muni-

(*h*) L. 22, de fide juss. (XLVI, 1) : « Hereditas *personæ vice « fungitur,* sicuti municipium et decuria et societas. » On dit également du bonorum possessor : vice heredis, ou loco heredis est. L. 2, de B. P. (XXXVII, 1); L. 117, de R. J. (L. 17). Ulpian., XXVIII, 12 : « Heredis loco constituuntur... he- « redes esse finguntur. » De même que le bonorum possessor est un *heres* fictif, de même la personne juridique est une *persona* fictive.

cipes, institution à laquelle il n'y a rien d'analogue dans les États modernes de l'Europe. L'unité des communes est une unité géographique, puisqu'elle repose sur les rapports de résidence et de propriété foncière.

Ont une existence artificielle ou contingente toutes les fondations ou associations auxquelles on donne le caractère de personnes juridiques. En effet, il est évident qu'elles n'existent que par la volonté d'un ou de plusieurs individus.

Au reste, ces distinctions ne sont pas absolues, et il y a des personnes juridiques qui tiennent le milieu entre ces deux espèces, et participent de la nature de chacune d'elles. Telles sont les corporations d'artisans et d'autres semblables, qui parfois se rattachent aux communes, dont elles sont comme parties constitutives.

2° Quelquefois un certain nombre d'individus constituent par leur réunion la personne juridique; quelquefois aussi elle n'a pas cette apparence visible, son existence est plus idéale, et repose sur une fin générale qui lui est assignée.

On appelle les premières, corporations, expression empruntée à la langue latine, et qui, dès lors, ne peut s'appliquer à toutes les espèces de personnes juridiques. On appelle corpo-

rations, d'abord toutes les communes, puis toutes les associations d'artisans; enfin, les sociétés industrielles, auxquelles on a conféré les droits de personne juridique. Le caractère essentiel d'une corporation est que son droit repose non sur ses membres pris individuellement, ni même sur tous ses membres réunis, mais sur un ensemble idéal. Une conséquence particulière, mais importante, de ce principe, c'est que le changement partiel ou même intégral de ses membres ne touche ni à l'essence ni à l'unité de la corporation (*a*).

On appelle les secondes, fondations. Elles ont principalement pour but l'exercice de la religion, ce qui embrasse les fondations pieuses de toute nature, la culture de la science et des arts ou la charité (*b*).

(*a*) L. 7, § 2, quod cuj. un. (III, 4) : « In decurionibus vel « aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes *iidem* maneant, « an pars maneat, vel omnes immutati sint. » *Iidem* est une correction évidemment nécessaire de Jensius, stricturæ, p. 12, ed. L. B., 1764; on lit dans les manuscrits et les éditions, *idem*. Ce principe est encore mieux développé dans la L. 76, de jud. (V, 1), non pas au sujet des personnes juridiques, mais de plusieurs *judices* nommés pour la même affaire, et l'on dit que leur renouvellement individuel ne constitue pas un nouveau *judicium*.

(*b*) On comprendra aisément combien il serait inexact d'appliquer le titre de corporation à toutes les personnes juridiques. Prenons, par exemple, un hôpital. Quels sont les individus dont l'unité collective doit être regardée comme le sujet propriétaire

Ici encore se trouvent différentes nuances qui empêchent de distinguer nettement ces deux classes. Souvent la même institution a, suivant les temps, appartenu à l'une ou à l'autre. Ainsi, par exemple, les chapitres et les canonicats sont des fondations religieuses et à la fois de véritables corporations. Les universités étaient, dans l'origine, des corporations véritables de professeurs ou d'écoliers, suivant les pays (*c*). Dans les temps modernes, elles tendent sans cesse à devenir des établissements de l'État. Elles ne figurent donc plus comme corporations, mais toujours comme personnes juridiques, c'est-à-dire habiles à posséder.

Parmi les corporations, les unes ont une constitution savamment élaborée, telles que les communes et les universités en tant que corporations, d'autres ont une organisation incomplète, répondant à un but déterminé, comme les villages et presque toujours les corporations d'artisans. Les auteurs modernes expriment

des biens? Ce ne sont pas les malades soignés dans l'hôpital, car ils sont uniquement les objets de la fondation pieuse, et ils ne participent pas aux biens qui en dépendent. Le véritable sujet du droit est donc une abstraction personnifiée, une œuvre d'humanité qui doit s'accomplir dans un certain lieu, d'après un certain mode et par des moyens déterminés.

(*c*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. III, § 59.

cette distinction par les mots techniques *universitas ordinata* et *inordinata*.

En dehors de ces distinctions se place la plus importante des personnes juridiques, le fisc, c'est-à-dire l'État lui-même, considéré comme capable de propriété privée. Représenter le fisc comme une corporation composée de tous les citoyens, ce serait, par une assimilation forcée, s'exposer à confondre des principes d'une nature toute différente.

§ LXXXVII. *Personnes juridiques. — Histoire.*

Nous trouvons chez les Romains, dès les premiers temps de leur histoire, des associations permanentes de plusieurs espèces, surtout des confréries de prêtres et d'artisans, comme aussi d'officiers subalternes, des licteurs, par exemple, et ce genre d'associations reçut dans la suite une grande extension, lorsqu'on organisa le personnel des chancelleries. Néanmoins, le besoin de constituer la personne juridique se faisait peu sentir; car pour ces diverses associations, la chose importante était la communauté d'action, et encore la position politique; la capacité de la propriété n'offrait qu'un intérêt secondaire. Ainsi, par exemple, le culte des dieux entraînait de grandes dépenses, mais

elles étaient à la charge de l'Etat, ce qui rendait moins nécessaire une affectation de biens, soit au colléges des prêtres, soit aux temples mêmes (note *p*). Si d'ailleurs on voulait faire une fondation pour le culte, il suffisait de consacrer les biens composant la donation; ils étaient dès lors mis hors du commerce, sans devenir la propriété ni du temple ni des prêtres.

Quand l'État s'agrandit, ce fut pour les communes placées sous sa dépendance, les municipes et les colonies, que l'idée de la personne juridique eut des applications importantes et se dessina nettement. En effet, elles avaient, comme les personnes naturelles, le besoin de posséder et les moyens d'acquérir, et leur condition de dépendance les rendait justiciables des tribunaux. En cela, elles se distinguent de la république romaine, qui ne relevait d'aucun tribunal, et dont les droits litigieux, quant aux biens, étaient réglés administrativement. Ce n'est donc pas en vue de la république et de ses biens que l'on établit et que l'on développa le principe de la personne juridique, quoique, dans l'intérêt de l'État, on eût créé des garanties semblables à celles qui protégaient les particuliers, et dont le *jus prædiatorium* nous fournit un exemple.

Mais, une fois établie définitivement pour les villes dépendantes, l'institution de la personne

juridique s'étendit peu à peu à des cas pour lesquels on eût difficilement pensé à l'introduire. Ainsi on l'appliqua aux anciennes confréries de prêtres et d'artisans; ensuite, par voie d'abstraction, à l'État, qui, sous le nom de fisc, fut traité comme une personne et soumis à une juridiction; enfin à des sujets d'une nature purement idéale, tels que les dieux et les temples.

Cette dernière application reçut de larges et de nombreuses extensions sous l'empire du christianisme. Chez les peuples germaniques, l'institution non-seulement se conserva, mais se développa davantage, car elle trouva les liens du gouvernement relâchés, et les esprits enclins à former des associations libres de tous genres. Dans les temps modernes, la centralisation de l'autorité a réagi sur les corporations, et diminué leur importance sans rien changer néanmoins aux caractères essentiels des personnes juridiques.

Je passe à l'énumération des principales classes de personnes juridiques reconnues par le droit romain.

I. Communes.

Après être passée sous la domination romaine, l'Italie se trouva divisée en un grand nombre de villes ayant chacune leur territoire, de sorte que pendant longtemps les villes furent la seule unité communale. Toutes ces villes étaient con-

sidérées comme de véritables États, mais sous la dépendance de Rome, et même plusieurs d'entre elles, les municipes, avaient eu autrefois une indépendance qu'elles n'avaient perdue que plus tard. Ce système d'organisation est, dans son ensemble, étranger au droit moderne, et les applications de détail qui peuvent s'en faire aujourd'hui sont de rares exceptions. — Voici, sur cette matière, les expressions les plus remarquables des sources :

Civitas (*a*),

Municipes (*b*).

Cette expression se trouve plus souvent que *municipium*, et les jurisconsultes s'en servent ordinairement. Un des motifs de cette préférence, c'est qu'elle s'applique à la fois aux citoyens des municipes et des colonies. Elle est tellement usuelle, qu'elle désigne la ville, même par opposition aux habitants considérés comme individus (*c*).

(*a*) L. 3, 8, quod cuj. univ. (III, 4); L. 6, § 1, de div. rer. (I, 8); L. 4, C. de j. reipub. (XI, 29); L. 1, 3, C. de vend. reb. civ. (XI, 30).

(*b*) L. 2; L. 7, pr.; L. 9, quod cuj. un. (III, 4); L. 15, § 1, de dolo (IV, 3) (voy. note *i*). Gaius, III, § 115. — *Municipium* est aussi employé dans le même sens, par exemple, dans la L. 22, de fidejuss. (XLVI, 1).

(*c*) L. 1, § 7, de quæst. (XLVIII, 18) : « Servum *municipum* posse in caput *civium* torqueri sæpissime rescriptum est : « quia non sit *illorum* servus, sed *reipublicæ*. Idemque in ce-

Respublica (*d*). Du temps de la constitution libre, ce mot, employé seul, désignait la république romaine; chez les jurisconsultes classiques, au contraire, il désigne ordinairement une ville dépendante.

Respublica civitatis ou *municipii* (*e*).

Commune, communitas (*f*).

Indépendamment des villes elles-mêmes qui constituent les communautés principales, quelques-unes de leurs parties intégrantes nous apparaissent comme personnes juridiques. Tels sont :

Curiæ ou *decuriones*. Les décurions sont pris

« teris servis corporum dicendum est : nec enim plurium servus « videtur, sed corporis. « Ici *municipes* est évidemment synonyme de *respublica*, est opposé aux particuliers, *cives*, et c'est à ces derniers que se rapporte *illorum* (Sur le principe même posé dans cette loi, cf. L. 6, § 1, de div. rer., I, 8). — Voici un texte où la distinction entre *municipes* et *municipia* n'est qu'apparente (Ulp., XX, § 5) : « Nec *municipia*, nec *municipes* « heredes instituti possunt, quoniam incertum *corpus est*, etc. » Ulpien dit que l'institution d'héritier est nulle, soit que le testateur ait employé le mot *municipium* ou le mot *municipes;* ainsi donc Ulpien ne fait aucune distinction, comme le prouve le motif même de sa décision.

(*d*) L. 1, § 1; L. 2, quod cuj. un. (III, 4); L. 1, C. de deb. civ. (XI, 32). Cod. Just., lib. XI, tit. 29-32.

(*e*) L. 2, C. de deb. civ. (XI, 32); L. 31, § 1, de furtis (XVII, 2) : « ... reipublicæ municipii alicujus... Idemque scribit « et de ceteris rebus publicis deque societatibus. » Les ceteræ respublicæ sont les coloniæ, fora, conciliabula, etc.

(*f*) Wassenaer, p. 409.

tantôt comme individus, par opposition à la ville (*g*), tantôt comme la ville même, que seuls ils administrent et représentent (*h*). Quelquefois aussi ils figurent comme corporation particulière au sein de la ville, et comme ayant des biens distincts (*i*).

Vici. Les villages n'ont aucune indépendance politique, car toujours ils appartiennent au territoire d'une ville (*k*). Ce sont néanmoins des

(*g*) L. 15, § 1, de dolo (IV, 3) : « Sed, an in *municipes* de « dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non « posse dari : *quid enim municipes dolo facere possunt?* Sed « si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum admi- « nistrant, puto dandam. De dolo autem *decurionum* in ipsos « *decuriones* dabitur de dolo actio. »

(*h*) L. 3, quod cuj. un. (III, 4) : « Nulli permittetur nomine *civitatis vel curiæ* experiri, nisi ei cui lex permittit, etc. »

(*i*) L. 7, § 2, quod cuj. un. (III, 4) : « In *decurionibus vel aliis universitatibus* nihil refert, etc. » L. 2, C. de præd. decur. (X, 33).

(*k*) L. 30, ad munic. (L. 1) : « Qui ex vico ortus est, eam « patriam intelligitur habere *cui reipublicæ vicus ille res- « pondet.* » Ainsi donc le *vicus* n'est qu'une dépendance d'une *respublica*, ce qui n'est pas une opposition avec Festus, v. Vici : « ... Sed ex vicis partim habent rempub. et jus dicitur ; « partim nihil eorum, et tamen ibi nundinæ aguntur negotii « gerendi causa, et magistri vici, item magistri pagi quotannis « fiunt. » Ainsi, ils avaient en plus ou moins grand nombre les éléments de la commune ; peut-être faut-il placer en première ligne ceux appelés encore *fora* et *conciliabula* (voy. note *n*). La *jurisdictio* dont il est ici question n'était pas exercée par une magistrature locale, les magistrats des villes se transportaient dans les *vici* pour y rendre la justice. — Cet ordre de choses

personnes juridiques capables de posséder (*l*) et de plaider (*m*).

Fora, *conciliabula*, *castella*. Ces localités, par leur étendue et leur importance, occupaient une place intermédiaire entre les villes et les villages. Elles appartenaient aussi au territoire d'une ville, et avaient certainement le droit de corporation (*n*).

Dans la suite, des provinces entières furent considérées comme personnes juridiques, c'est-à-dire comme de grandes communes (*o*).

Les *agrimensores* appellent les communes, et

diffère essentiellement de celui de l'Allemagne, car en Allemagne les villages, et même les paroisses et les agrégations de paysans sans villages, forment autant de communes tout à fait indépendantes des villes (Cf. Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 379, 380); et lors même que, par exception, les villages dépendent des villes, c'est en vertu du droit seigneurial, c'est-à-dire d'une organisation étrangère au système romain. — Nous avons encore une division géographique inconnue aux Romains; ce sont les Markgenossenchaften. Cf. Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 168, 372.

(*l*) L. 73, § 1, de leg. (XXX, un.) : « Vicis legata perinde « licere capere atque civitatibus, rescripto imperatoris nostri « significatur. »

(*m*) L. 2, C. de jurejur. propter cal. (II, 59) : « sive pro aliquo corpore, *vel vico*, vel alia universitate. »

(*n*) Chose singulière, les sources du droit Justinien ne parlent pas de ces communautés. Il en est fait mention dans la Table d'Héraclée, dans la lex de Gallia cisalpina, et dans Paulus, IV, 6, § 2.

(*o*) Cod. Theod., liv. II, tit. 12; Dirksen, p. 15.

nommément les colonies, *publicæ personæ*, expression qui nous montre leur existence politique comme fondement de leur personnalité en droit privé (*p*).

§ LXXXVIII. *Personnes juridiques. — Histoire.* (Suite.)

II. Associations volontaires.

A. Sociétés religieuses. — A cette classe appartiennent les colléges de prêtres, appelés aussi colléges de temples, et les vestales. Les uns et les autres pouvaient acquérir et recevoir par testament (*a*).

(*p*) Aggenus, ap. Goes., p. 56 : « Quædam loca feruntur ad « *publicas personas* attinere. Nam *personæ publicæ* etiam co« loniæ vocantur, quæ habent assignata in alienis finibus quæ« dam loca quæ solemus præfecturas appellare. Harum præ« fecturarum proprietates manifeste *ad colonos* pertinent, etc. » (*coloni* pour *colonia*, de même que plus haut *municipes*, notes *b, c, g*). — Cela est reproduit presque littéralement, p. 67. — Aggenus, p. 72 : « Hæc inscriptio videtur *ad personam coloniæ* « *ipsius* pertinere quæ nullo modo abalienari possunt a repu« blica : ut si quid in tutelam *aut templorum publicorum*, aut « balnearum adjungitur : habent et respub. loca suburbana *inopum funeribus destinata*. »

(*a*) Hyginus, p. 206, ed. Goesii : « Virginum quoque Vesta« lium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt et « locati. » — L. 38, § 6. de leg. (XXXII, un.). Un fidéicommis avait été constitué en ces termes : « MM. sol. reddas *collegio* « *cujusdam templi*. Quæsitum est cum id collegium postea dis« solutum sit, etc. » — Cf. Wassenaer, p. 415; Dirksen, p. 50, 117, 118.

B. Sociétés de fonctionnaires. — Les officiers subalternes, chargés par les magistrats de fonctions diverses, se formèrent de bonne heure en corporations (§ 87). Il en est une surtout dont le personnel et l'importance tendaient sans cesse à s'accroître, je veux parler des scribes qui, employés dans toutes les branches du service public, remplissaient auprès des particuliers des fonctions analogues à celles des notaires actuels (*b*). Ils avaient différents noms tirés de leurs différents emplois, tels que *librarii*, *fiscales*, *censuales* : le plus usité anciennement était celui de *scribæ*. Ils étaient divisés en *decuriæ ;* et si ce mot générique (*c*) leur est spécialement appliqué, il n'y a rien là que d'accidentel. Ainsi *decuriæ*, sans aucune addition, déjà sous la république, et toujours ensuite sous les empereurs, désigne les corporations de scribes ; les membres de ces corporations s'appellent *decuriati*, et, plus tard, *decuriales*. A Rome, et ensuite

(*b*) Niebuhr, Römische Gesch., vol. III, p. 349-353. — Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. I, § 16, 111, 140. — Cf. J. Gothofred. in Cod. Theod., XIV, 1 ; Dirksen, p. 46, 58.

(*c*) *Decuria* désigne proprement un collége composé de dix personnes, et aussi un collége en général, quel que soit le nombre de ses membres. Cette expression s'applique encore au sénat de Rome et à celui des villes, puis aux *judices*, mais on s'en sert le plus ordinairement pour désigner les corporations des scribes.

à Constantinople, les corporations de scribes eurent des distinctions et des priviléges qui s'expliquent par leur position (*d*).

C. Associations industrielles (*e*).

A cette classe appartiennent les anciennes corporations d'artisans, qui continuèrent toujours de subsister, et dont quelques-unes, les forgerons, par exemple, avaient des priviléges particuliers (*f*); puis des corporations nouvelles, telles que celle des boulangers à Rome, et celle des bateliers à Rome et dans les provinces (*g*). Leurs intérêts étaient de même nature, ce qui

(*d*) Voici les principaux textes relatifs à ces décuries : Cicero, in Verrem, III, 79; ad Quintum fratrem, II, 3. Tacitus, Ann., XIII, 27. Sueton., August., 57. Claudius, 1. — L. 3, § 4, de B. P. (XXXVII, 1); L. 22, de fidejuss. (XLVI, 1); L. 25, § 1, de adqu. vel om. her. (XXIX, 2); Cod. Just., XI, 13; Cod. Theod., XIV, 1. — Cf. Averanius, Interpret., II, 19, § 1.

(*e*) Niebuhr, vol. III, p. 349; Dirksen, p. 34 sq. — Sur les corporations actuelles et sur leur capacité de posséder, Cf. Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 371-373.

(*f*) L. 17, § 2, de excus. (XXVII, 1); L. 5, § 12, de j. immun. (L. 6).

(*g*) L. 1, pr., quod cuj. univ. (III, 4); L. 5, § 13, de j. immun. (L. 6). — Ni les anciennes ni les nouvelles corporations d'artisans ne doivent être regardées comme éléments de la communauté municipale, ou comme ayant des droits politiques. Dans les États d'origine germanique, ces corporations d'artisans, par la place qu'elles occupent et l'importance dont elles jouissent, peuvent être assimilées aux tribus romaines, et en cela ces constitutions des villes germaniques diffèrent essentiellement de celles des villes romaines.

servait de base à leurs associations, mais non pas communs : chacun travaillait, comme aujourd'hui, pour son compte.

Il y avait aussi des entreprises industrielles faites en commun et sous la forme de personnes juridiques. On les appelle ordinairement *societates*. Leur nature était, en général, purement contractuelle; elles engendraient des obligations, et elles finissaient par la volonté ainsi que par la mort d'un seul de leurs membres. Quelques-unes d'entre elles obtinrent le droit de corporation, mais en conservant toujours le nom de *societates* (*h*). Telles furent les sociétés pour l'exploitation des mines, des salines, et pour la perception des impôts (*i*).

D. Associations amicales, *sodalitates*, *sodalitia*, *collegia sodalitia* (*k*). Caton l'Ancien, cité

(*h*) L. 1, pr., § 1, quod cuj. univ. (III, 4); L. 3, § 4, de B. P. (XXXVII, 1); L. 31, § 1, de furtis (XLVII, 2) (voy. plus haut, § 87, *e*). Dans la L. 1, pr., cit., on doit lire avec Haloander : « Neque *societatem* (Flor. *societas*), neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere « conceditur, etc. » — Pour distinguer les sociétés purement contractuelles de ces sociétés de corporations, on les appelle quelquefois *privatæ* societates. L. 59, pr., pro soc. (XVII, 2).

(*i*) L. 1, pr., quod cuj. univ. (III, 4); L. 59, pr., pro soc. (XVII, 2).

(*k*) Cette dernière expression se trouve dans la L. 1, pr., de coll. (XLVII, 22). Haloander lit *sodalitia* (sans *collegia*), et cette leçon paraît, d'après la glose, être celle de la Vulgate, bien que plusieurs anciennes éditions portent, comme le manuscrit

par Cicéron, dit qu'elles commencèrent à s'établir du temps de son âge mur; il se plaît à nous les montrer comme des associations ayant pour objet des repas modestes mais gais; et, d'après les anciennes mœurs, ces réunions se rattachaient à des cérémonies religieuses faites en commun (*l*). C'était ce que l'on appelle aujourd'hui des clubs, et si dans la suite ces associations sont représentées comme moins innocentes, ou même comme dangereuses pour le gouvernement, on ne doit pas croire qu'il y ait eu sous le même nom plusieurs institutions différentes, mais qu'elles s'étaient modifiées avec le carac-

de Florence, *collegia sodalitia*, par exemple : Venet., 1485; Lugd. Fradin., 1511. Les mots *collegia sodalitia neve milites* manquent dans mon manuscrit, et il porte seulement : *ne patiantur esse collegia in castris habeant.* Peut-être faut-il attribuer cette lacune à la répétition du mot *collegia* qui vient bientôt après. — Du reste, *sodalitia* sans aucune addition a pour lui de graves autorités, et son omission dans les sources du droit est sans doute purement fortuite.

(*l*) Cicero, de senect., c. 13. Caton parle en ces termes des plaisirs de la vieillesse : « Sed quid ego alios? ad meipsum jam « revertar. Primum habui semper sodales; sodalitates autem me « quæstore constitutæ sunt, sacris Idæis Magnæ Matris accep« tis; epulabar igitur cum sodalibus omnino modice, sed erat « quidam fervor ætatis, qua progrediente omnia fient in dies « mitiora; neque enim ipsorum conviviorum delectationem vo« luptatibus corporis magis, quam cætu amicorum et sermoni« bus metiebar. » — Festus, v. Sodales, rapporte diverses étymologies d'où l'on voit qu'il s'agissait de repas où chacun contribuait pour sa part (pique-nique).

tère général de l'époque. Les anciens clubs devinrent dans des temps de trouble, comme cela s'est vu de nos jours, des points de ralliement pour les factions politiques, et sans doute on en créa de nouveaux uniquement dans ce but.

Cela nous explique pourquoi ces associations furent plus d'une fois prohibées. Dans des temps d'agitation, les places publiques étant envahies par les clubs et les colléges de scribes, le sénat leur ordonna de se séparer, et proposa au peuple une loi, afin de donner pour sanction à son décret la menace d'un *publicum judicium* (*m*). Les *collegia* furent alors généralement abolis (*n*). Aussi voyons-nous, dans les sources du droit, qu'en principe, aucune association ne peut se

(*m*) Cicero, ad Quintum fratrem, II, 3 : « Sc. factum est, « ut sodalitates decuriatique discederent : lexque de iis ferretur, « ut, qui non discessissent, ea pœna quæ est de vi tenerentur. »

(*n*) Asconius, in Cornelianam (p. 75, ed. Orelli) : « Frequenter tum etiam cœtus factiosorum hominum sine publica auctoritate malo publico fiebant : propter quod postea collegia « Scto, et pluribus legibus sunt sublata, præter pauca atque « certa, quæ utilitas civitatis desiderasset quasi, ut fabrorum « fictorumque » (al. *lictorumque*, leçon qui semble préférable, car *fictor* désigne la sculpture d'une manière abstraite, et les potiers, dont la corporation était fort ancienne, s'appelaient *figuli*. Cf. Plinius, Hist. nat., XXXV, 12). — Asconius in Pisonianam (p. 7, ed. Orelli) : « ... qui ludi sublatis collegiis discussi sunt. « Post novem deinde annos, quam sublata erant, P. Clodius, trib. « pl. lege lata, restituit collegia. »

former sans l'autorisation du gouvernement, autorisation rare et difficile à obtenir. Ces associations illicites devenaient dès lors criminelles, et étaient punies comme *crimen extraordinarium* (*o*). On a cru qu'il s'agissait ici de l'abolition générale des corporations, mais jamais on ne songea à abolir, par exemple, les anciennes corporations d'artisans ou les colléges de prêtres. La loi n'était dirigée que contre les clubs dangereux pour le gouvernement, et sans doute elle ne les désigne pas d'une manière plus précise parce que la chose était de notoriété publique (*p*). Néanmoins, les règles contenues dans

(*o*) L. 1, 2, 3, de coll. et corp. (XLVII, 22); L. 1, pr. quod cuj. un. (III, 4). Lorsqu'une association de ce genre se trouve arrêtée par défaut d'autorisation, et dès lors n'a jamais existé comme personne juridique, ses membres peuvent naturellement reprendre les fonds qu'ils ont apportés et se les partager. L. 3, de coll. et corp. : « ... Permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias « communes si quas habent dividere... » De là, plusieurs auteurs ont conclu à tort que, quand une corporation réellement constituée venait à se dissoudre, ses biens doivent toujours se partager entre les membres existants. Mais dans notre texte il est seulement question d'une réunion en fait de plusieurs individus; jamais il n'y a eu de corporation organisée. Cf. Marezoll, dans Grollmans und Löhrs Magazin, vol. IV, p. 207.

(*p*) Voy., sur les faits historiques relatifs à cette prohibition, Dirksen, p. 34-47. — D'après Asconius (note *n*), on pourrait croire que tous les colléges furent abolis, sauf un petit nombre nommément exceptés. Mais il ne faut pas entendre ce passage trop littéralement, car il n'est guère croyable qu'une seule des anciennes corporations d'artisans ait été supprimée. Quant

les sources du droit ont une double signification, qui ne ressort pas clairement de leurs termes. D'abord, aucune association ne peut, sans l'autorisation du gouvernement, devenir personne juridique, et cette règle importante qui subsiste encore dans le droit moderne est tout à fait indépendante du caractère innocent ou coupable de l'association; ensuite les associations non autorisées sont défendues et poursuivies criminellement : mais cette disposition n'atteint que les associations réellement dangereuses ou du moins suspectes, et ici la qualité de personne juridique est une considération secondaire : jamais il n'y a eu de peines contre les associations purement industrielles.

Les anciens clubs de la république paraissent avoir de l'analogie avec l'institution beaucoup plus moderne des *collegia tenuiorum.* Ces associations, qui se recrutaient dans les classes inférieures, devaient être autorisées; elles ne s'assemblaient qu'une fois par mois, et leurs membres payaient une contribution mensuelle. Nul ne pouvait appartenir en même temps à plusieurs de ces associations. Les esclaves pou-

aux sociétés pour la perception des impôts, cela est encore moins vraisemblable, et tout à fait inadmissible pour les colléges de prêtres, qui, néanmoins, se trouveraient compris dans l'interdiction, d'apres le texte d'Asconius.

vaient y entrer, mais avec le consentement de leurs maîtres (*q*).

Toutes ces corporations artificielles ont un caractère commun; créées à l'image des villes, comme elles elles peuvent posséder et se faire représenter, et voilà précisément ce qui constitue la personne juridique (*r*). — Parmi ces corporations, ainsi que je l'ai déjà dit (§ 86), les unes répondent à des besoins constants, telles que les colléges de prêtres, les décuries et les corporations d'artisans; les autres, telles que les *societates* et les *sodalitates*, tiennent à des besoins passagers, et sont surtout l'œuvre d'une détermination arbitraire.

Quant à la phraséologie, j'ai déjà défini certaines dénominations spéciales (*decuriæ*, *societates*, *sodalitates*). Deux noms génériques et qui s'appliquent indifféremment à toutes les corpo-

(*q*) L. 1, pr., § 2; L. 3, § 2, de coll. et corp. (XLVII, 22). — On a faussement rapporté à ces *collegia tenuiorum* la règle d'après laquelle les immunités accordées à plusieurs corporations d'artisans l'étaient seulement aux membres les plus pauvres (*tenuioribus*), et non aux riches, qui, indépendamment de leur profession, avaient une fortune suffisante pour acquitter les charges municipales. L. 5, § 12, de j. immun. (L. 6).

(*r*) L. 1, § 1, quod cuj. un. (III, 4): « Quibus autem per« missum est corpus habere collegii, sive cujusque alterius eorum « nomine, proprium est, *ad exemplum Reipublicæ*, habere res « communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per « quem, *tamquam in Republica*, quod communiter agi fierique « oporteat, agatur, fiat. »

rations, sont *collegium* et *corpus;* on a vu plus haut (notes *a* et *k*), *collegia templorum* et *collegia sodalitia*. Si parfois on semble distinguer *corpus* et *collegium,* c'est que chaque corporation portait exclusivement l'un ou l'autre de ces titres; mais le choix était tout à fait accidentel. Quand, par exemple, nous lisons : *neque collegium neque corpus habere conceditur* (note *h*), cela veut dire toute association non autorisée est interdite, quel que soit le nom qu'elle porte, *collegium* ou *corpus* (*s*). Ainsi donc, ces deux mots désignent une corporation artificielle, par opposition aux communes (*t*).

Les membres d'une corporation par rapport aux autres membres s'appellent *collegæ* (*u*), et aussi *sodales,* qui, dès lors, a une signification plus large et une origine plus ancienne que *sodalitas* (*v*); pris absolument, on les appelle *collegiati*

(*s*) L. 1, pr., § 1, quod cuj. un. (III, 4) (voy. plus haut note *h*), rubr. tit. Dig. de collegiis et corporibus (XLVII, 22); L. 1, pr., § 1; L. 3, § 1, 2, eod.; L. 17, § 3; L. 41, § 3, de excus. (XXVII, 1); L. 20, de reb. dub. (XXXIV, 5). — D'après Stryk us. mod., XLVII, 22, § 1, on appelle *corpus* une corporation formée de plusieurs *collegia.* Cette phraséologie, qui n'est nullement latine, tient à une circonstance accidentelle; dans nos universités l'ensemble du sénat s'appelle *corpus academicum,* et chaque faculté *collegium.*

(*t*) L. 1, § 7, de quæst. (XLVIII, 18).

(*u*) L. 41, § 3, de excus. (XXVII, 1). Fragm. Vatic., § 158.

(*v*) Ainsi, très-anciennement, les *sodales Titii* ou *Tatii,* puis

et *corporati* (*w*). — Les membres des diverses corporations dont j'ai parlé s'appellent *decuriati*, *decuriales* (note *d*), *socii* (note *h*).

Le nom générique de toutes corporations, communes ou autres, est *universitas* (*x*); la personne naturelle ou l'individu opposé à la personne juridique s'appelle *singularis persona* (*y*).

III. Fondations, ou personnes juridiques idéales (§ 86). Sous l'empire du christianisme, les fondations pieuses, entourées d'une grande faveur, reçurent des extensions nombreuses et variées. Les sources du droit n'ont pour les dési-

les *sodales Augustales*, etc. Tacitus, Ann., I, § 54. — Cf. L. 4, de coll. et corp. (XLVII, 22); d'après ce texte, il paraît que l'expression *sodales* existait déjà dans la loi des XII Tables.

(*w*) L. un., C. de priv. corp. (XI, 14); L. 5, C. de comm. (IV, 63).

(*x*) Rubr., Dig., liv. III, tit. 4; L. 1, pr., § 1, 3; L. 2; L. 7, § 2, eod. (sur la L. 2 cit. Cf. Schulting, notæ in Dig.). — C'est une des nombreuses acceptions de ce mot, qui désigne toute réunion de personnes, de choses ou de droits (§ 56 *n*), et ainsi ne répond pas uniquement à l'idée de personne juridique. Dans la L. 1, C. de Judæis (I, 9), par exemple ces mots, *universitas Judæorum in Antiochiensium civitate*, désignent la totalité des juifs habitant Antioche (*universi Judæi*), et nullement une personne juridique, car le texte même de la loi leur refuse cette qualité, et les déclare incapables de recueillir un legs. Cf. Zimmern, Rechtsgeschichte, vol. 1, § 130.

(*y*) L. 9. § 1, quod metus (IV, 2).

gner aucune expression générique ; celle de *pia corpora* est de création moderne (*z*). Pour mieux faire ressortir par voie d'opposition leurs caractères essentiels, il est bon d'examiner l'état des choses antérieur au christianisme.

Dans les temps anciens, cette espèce de personnes juridiques se trouve très-rarement, et voici à quoi se réduit ce que nous savons sur les fondations religieuses de cette époque. Certains dieux avaient le privilége spécial de pouvoir être institués héritiers (*aa*). C'est ainsi que nous voyons des fidéicommis institués valablement en faveur d'un temple (*bb*), les esclaves et les affranchis d'un temple, bien que la propriété des esclaves pût être un droit commun à tous les

(*z*) On en voit énumérer plusieurs dans les L. 23, C. de SS. eccl. (I, 2); L. 35, 46, C. de ep. et cler. (I, 3). — Sur ce sujet, voy. Mühlenbruch, t. I, p. 201; Schilling, Institutionen, t. II, § 49. — On lit, il est vrai, dans la L. 19, C. de SS. eccl. (I, 2) : « donationes super *piis causis* factæ, » mais ces mots s'appliquent au but pieux de la donation, non au donataire comme personne juridique.

(*aa*) Ulpian., XXII, § 6 : « Deos heredes instituere non possumus, præter eos quos Seto, constitutionibus principum, « instituere concessum est : sicuti Jovem Tarpejum, etc. »

(*bb*) L. 1, § 1, de annuis leg. (XXXIII, 1). Un fidéicommis avait été laissé aux prêtres et desservants d'un temple déterminé; la validité de ce legs est ainsi justifiée : « Respondit... « ministerium nominatorum designatum; ceterum *datum templo*. »

temples, et distinct du privilége relatif aux testaments (*cc*).

Maintenant, comment expliquer cette différence de principes, quant à l'établissement et à la condition de ces personnes juridiques?

Du temps du paganisme, les Romains n'étaient certainement pas indifférents en matière de culte religieux, mais c'était le culte de l'État, et la caisse de l'État fournissait à ses dépenses à Rome, ainsi qu'ailleurs la caisse publique de chaque ville. Peut-être y avait-il des biens de l'État ou des villes dont les revenus étaient spécialement affectés aux besoins du culte, sans que la propriété cessât d'appartenir à l'État ou aux villes (§ 87, *p*). Le christianisme amena un autre ordre d'idées; son unité, son indépendance et son em-

(*cc*) Varro, de lingua latina, lib. VIII (al. VII), C. 41, veut montrer que la langue ne suit pas l'analogie, et il en donne comme exemple que, parmi les noms propres, plusieurs sont dérivés des noms des villes, d'autres ne le sont pas, ou le sont faussement : « Alii nomina habent ab oppidis; Alii aut non ha- « bent, aut non ut debent habent. Habent plerique libertini a « municipio manumissi; in quo, ut societatum et *fanorum* « *servi*, non servarunt pro portione rationem. » Ce passage soulève en outre une grave difficulté, mais étrangère à mon sujet. Voy. aussi Cicero, Divinat. in Cæcil., C. 17. — Les donations faites aux dieux, dont il est si souvent question, n'ont aucun rapport avec la capacité de la propriété, car la plupart de ces dons étant consacrés, et mis ainsi hors du commerce, ils n'impliquent nullement la propriété du dieu donataire.

pire absolu sur les consciences, expliquent assez ce changement. — Quant aux institutions de bienfaisance, du temps de la république, la charité y présidait bien moins que la politique, témoin les sommes immenses que l'Etat et certains magistrats eux-mêmes consacraient à l'entretien et aux plaisirs des classes inférieures. Dans la suite, quelques empereurs firent des institutions de bienfaisance ; je citerai comme exemple la grande fondation de Trajan pour les enfants pauvres en Italie; mais ce sont là des actes individuels, isolés et passagers. Il était réservé au christianisme d'assigner comme but à l'activité humaine la charité en soi, et de lui donner un corps par des fondations indépendantes et durables.

Sous les empereurs chretiens, les établissements religieux nous apparaissent comme personnes juridiques; mais où devons-nous placer le principe de la personnalité? en d'autres termes, où est le sujet sur lequel repose le droit de propriété? Et d'abord nous avons à constater un changement remarquable. Les dieux du paganisme étaient représentés comme des êtres individuels semblables à l'homme tel qu'il nous apparaît sur la terre; rien n'était donc plus naturel que d'attribuer des biens à chaque dieu. Considérer comme personne juridique un temple individuel consacré à une divinité, et lui accorder

des priviléges (*dd*), c'était suivre le même ordre d'idées. L'Église chrétienne, au contraire, repose sur la foi en un seul Dieu ; et sur la communauté de foi à ce seul Dieu et à sa révélation est fondée l'unité de l'Eglise. Il n'y avait qu'un pas à faire pour appliquer à la propriété des biens ce principe d'unité ; aussi retrouvons-nous cette idée, à des époques très-différentes, dans la doctrine des auteurs comme dans l'esprit et dans les termes des actes de fondation. Il est donc très-ordinaire de voir attribuer la propriété des biens ecclésiastiques, tantôt à Jésus-Christ, tantôt à l'Église chrétienne, ou au pape comme son chef visible. Mais, en y réfléchissant, on comprit que la généralité de ce point de vue n'était pas faite pour le domaine du droit nécessairement restreint, et qu'il fallait admettre la pluralité des personnes juridiques, même pour les biens de l'Église.

Nous trouvons déjà l'application de ce système dans les dispositions suivantes d'une loi de Justinien (*ee*). Si un testateur institue Jésus-Christ pour héritier, on entend par là l'église du lieu qu'il habitait. S'il institue pour héritier un archange ou un martyr, cela s'entend de l'église consacrée à l'archange ou au martyr dans le

(*dd*) Ulpian., XXII, § 6.
(*ee*) L. 26, C. de SS. eccl. (I, 2). Ce texte n'est pas glosé.

lieu de son domicile, ou, à son défaut, dans la capitale de la province. Si, dans l'application de ces règles, il y a doute entre plusieurs églises, on préfère celle pour laquelle le testateur avait une dévotion particulière, et, en absence de cet indice, la plus pauvre. — Ici le sujet du droit de succession est une paroisse déterminée, c'est-à-dire la corporation des chrétiens appartenant à son église.

Ce principe se retrouve constamment dans les auteurs avant la réforme (*ff*); et, depuis la réforme, catholiques (*gg*) ou protestants (*hh*), tous reconnaissent comme propriétaire des biens ecclésiastiques une église déterminée; ainsi, pour les biens d'une paroisse, la corporation des paroissiens (*ii*). Par là ils repoussent l'opinion de

(*ff*) Jo. Faber, in Inst., § Nullius, de divis. rerum; jurisconsulte français du quatorzième siècle.

(*gg*) Gonzalez Tellez, in Decr., L. III, tit 13, C. 2 : « Dicendum est dominium rerum ecclesiasticarum residere penes « ecclesiam illam particularem cui talia bona applicata sunt pro « dote... Nec persona aliqua singularis habet dominium, *sed sola « communitas*, persona autem singularis non ut talis, sed *ut « pars et membrum communitatis*, habet in ipsis rebus jus u- « tendi. » Fr. Sarmientus, de ecclesiæ reditibus, P. I, C. 1, N. 21 : « ... et hæc est opinio in glossis posita. » Sarpi, de materiis beneficiariis s. benef. ecclesiast. Jenæ, 1681, 16, p. 91-93. Sauter, Fundam. j. eccles. catholicorum. P. V. Friburgi, 1816, § 854, 855.

(*hh*) J. H. Böhmer, Jus. eccles. Protest., lib. III, tit. 5, § 29, 30. Jus parochiale, sect. 5, C. 3, § 3, 4, 5.

(*ii*) On trouve une dissertation très-savante sur la paroisse

ceux qui attribuent à l'Église en général les biens ecclésiastiques, ou à l'église épiscopale tous les biens ecclésiastiques de chaque diocèse; et ils invoquent cet argument décisif: relativement aux biens de deux paroisses, peuvent naître divers rapports de droit, tels que les prescriptions, les servitudes rurales, etc., qui impliquent nécessairement l'existence de deux patrimoines distincts. — On voit d'après cela que le sujet de la propriété des biens ecclésiastiques n'est pas une des matières qui séparent les catholiques et les protestants; les uns et les autres s'accordent à individualiser la propriété de ces biens; ils ne diffèrent que sur la nature et la constitution des diverses églises, et de l'Église considérée comme un tout (*kk*).

Les fondations pieuses ont de l'analogie avec les biens de l'Église; elles comprennent les établissements destinés à recueillir les pauvres, les malades, les pèlerins, les vieillards, les enfants, les orphelins (note *z*). Aussitôt qu'un établissement de ce genre a le caractère de personne juridique, il doit être traité comme un individu, et c'est ce qu'ont fait les empereurs chrétiens. Ainsi

dans J. H. Böhmer, Jus paroch., sect. 3, C. 2, § 4, § 9-25.

(*kk*) C'est à cette différence que se rapporte l'assertion de G. L. Böhmer, Princ. j. canon., § 190, et ainsi elle ne contredit pas ce que je dis ici sur l'accord des deux Églises en cette matière.

donc, un hôpital, etc., est propriétaire au même titre qu'une personne naturelle ou une corporation, et les auteurs se trompent quand ils attribuent ce genre de propriété à l'État, à une ville ou à une église. Voici le principe de leur erreur : quand un particulier fait l'aumône, ou que l'État, dans un temps de disette, distribue de l'argent ou des vivres, ce sont là des actes de bienfaisance, mais tellement individuels et passagers qu'ils excluent absolument l'idée de personne juridique. Quand l'État ou une ville rend de semblables dispositions permanentes, elles ont peut-être un caractère administratif, mais nullement juridique, car ce sont les biens de l'État ou de la ville, dont une partie est consacrée à cet objet en vertu d'une détermination toujours révocable. Quelquefois même une somme peut être affectée par titre à un semblable objet, sans que pour cela il y ait une personne juridique. Si, par exemple, un testateur impose à son héritier la charge de distribuer, sa vie durant, une somme d'argent aux pauvres à certains jours de l'année, cette disposition sera protégée par les tribunaux comme toute autre disposition testamentaire (§ 128-129); mais là il n'est pas question de personne juridique, tout se réduit à une charge imposée à l'héritier sur ses biens. Enfin, on peut donner pour base à une fondation pieuse l'institution d'une per-

sonne juridique, et cela est ordinairement regardé comme une garantie de sa durée. Je déterminerai tout à l'heure les conditions requises pour une semblable institution (§ 89). On a coutume d'appliquer le mot *fondation* à plusieurs des cas que je viens de distinguer, et le vague de cette expression a contribué évidemment à obscurcir les idées elles-mêmes. Moimême j'emploie le mot fondation pour désigner une classe de personnes juridiques, et dès lors je suppose que la fondation est en même temps personne juridique.

Les constitutions des empereurs chrétiens témoignent de la plus grande sollicitude en faveur des fondations pieuses; elles les protégent, quelle que soit leur forme, et lèvent tous les obstacles qu'elles peuvent rencontrer. A cet effet, elles les reconnaissent comme personnes juridiques, dès que l'occasion s'en présente. Voici, en outre, quelques exemples remarquables de cette faveur. Si un testateur institue comme héritiers ou légataires les pauvres en général, cette disposition était nulle d'après l'ancien droit romain, qui défend d'instituer une *incerta persona*. Valentinien III fit, pour ce cas spécial, une exception à la règle (*ll*). Justinien interprète ainsi le testament : il attribue la succession à l'hospice

(*ll*) L. 24, C. de episc. (I, 3).

que le testateur avait en vue ; en cas d'incertitude sur ce point, à l'hospice du lieu de son domicile ; s'il n'y en a pas, à l'Église du lieu, mais à la charge de consacrer toute la succession au soulagement des pauvres. De même, si un testateur institue les captifs pour héritiers, la succession est dévolue à l'église du lieu de son domicile, mais à la charge d'en employer les biens pour le rachat des captifs (*mm*). Ici, pour favoriser les vues bienfaisantes du testateur, on défère sa succession à des personnes juridiques déjà constituées. Justinien plaça, en outre, toutes les dispositions pieuses des mourants sous la surveillance spéciale des évêques et des archevêques, qu'il chargea du soin de les faire executer (*nn*). Cette loi de Justinien était conforme à l'opinion générale, qui regardait le soulagement des pauvres comme une des missions essentielles du clergé.

Les mêmes principes se retrouvent dans le droit canon. Les biens dépendants des fondations pieuses furent assimilés aux biens de l'Église (bona ecclesiastica); dès lors ils se trouvaient placées sous la tutelle et la surveillance des dignitaires de l'Église, et participaient aux priviléges de cette nature de biens. Par là on ne pré-

(*mm*) L. 49, C. de episc. (I, 3).
(*nn*) L. 46, C. de episc. (I, 3). Ce texte n'est pas glosé.

tendait nullement nier leur caractère individuel de personnes juridiques, et c'est à tort que des auteurs modernes l'ont entendu ainsi (*oo*). L'argument déjà invoqué pour prouver la personnalité individuelle des églises, et notamment des paroisses, se représente ici avec toute sa force. Les fondations pieuses vis-à-vis les unes des autres, comme vis-à-vis de l'État, des villes et des églises, peuvent soutenir une foule de rapports de droit qui impliquent nécessairement leur individualité.

Si maintenant nous examinons les dispositions du droit moderne en cette matière, les principes fondamentaux n'ont pas changé; mais il s'est introduit de nouvelles espèces de fondations pieuses, et aussi elles se trouvent placées dans une nouvelle position vis-à-vis de l'État. Dans le droit Justinien, elles nous apparaissent comme uniquement destinées à soulager la pauvreté sous toutes ses formes. Depuis le moyen âge, elles ont le plus souvent pour objet de satisfaire des besoins intellectuels de plus d'un genre. Leurs relations avec l'Église ont dû nécessairement cesser d'être exclusives. D'ailleurs le soulagement des pauvres étant devenu un des

(*oo*) C'est ainsi que Roszhirt a été conduit à refuser absolument aux fondations pieuses le caractère de personnes juridiques, et à considérer leurs biens comme appartenant à l'Église. Archiv. für civilistische Praxis, vol. X, N. 13, p. 322-324, 327.

soins les plus actifs et des plus importants de l'Etat, les fondations même de pure charité sont, par rapport à l'État et à l'Église, dans une autre position que du temps de Justinien.

De tout cela il résulte qu'aujourd'hui les fondations pieuses sont, aussi bien que les corporations, des personnes juridiques; mais ce ne sont pas des corporations, et on ne doit pas les soumettre au même régime.

IV. Le fisc. — Du temps de la république, l'État, considéré comme sujet du droit des biens, s'appelait *ærarium*, car tous les droits de cette espèce, dans leur application vivante, se résolvaient en recettes et en dépenses pour la caisse de l'État. Dès les premiers temps de la domination impériale, il se fit entre les empereurs et le sénat, comme représentant la république, un partage des provinces, et aussi des recettes et des charges principales de l'État. Le trésor du sénat continua de s'appeler *ærarium;* celui de l'empereur s'appela *fiscus* (*pp*), dénomination dont voici l'origine : le sens primitif de *fiscus* est corbeille, ou panier d'osier; et les Romains se servant de corbeilles pour conserver ou transporter les sommes considérables, on appela *fiscus* chaque caisse, et de même la caisse de l'em-

(*pp*) C'est-à-dire les biens qu'il possédait comme empereur, et qui diffèrent encore de son domaine privé (res privata principis).

pereur, *Cæsaris fiscus*. Comme il était plus souvent question de ce *fiscus* que de tout autre, on finit par appeler la caisse de l'empereur simplement *fiscus*. Quand par la suite l'empereur eut réuni en ses mains tous les pouvoirs, le trésor de l'État, réuni à celui de l'empereur, se nomma *fiscus*, et ce mot prit dès lors la signification primitive d'*ærarium* (*qq*).

§ LXXXIX. *Personnes juridiques. — Leur commencement et leur fin.*

Les conditions de l'établissement des personnes juridiques n'ont pas toujours besoin d'être fixées par une règle positive. La plupart

(*qq*) La fusion des deux caisses publiques en une seule s'opéra sans doute graduellement; du moins il est impossible d'en fixer exactement la date. Jusqu'à Hadrien, la distinction subsiste de nom et d'effet. Tacitus, Ann., VI, 2; Plinius, Panegyr., C. 42, Spartianus Hadrian., C. 7; et néanmoins, sous le règne d'Hadrien, un sénatus-consulte parle du *fiscus*, là où l'on devrait certainement trouver *ærarium*, à propos du droit sur les *caduca*. L. 20, § 6, de pet. her. (V, 3). Dans la suite, on emploie indifféremment ces deux expressions pour désigner la seule caisse publique, celle de l'empereur. § 13, J. de usuc. (II, 6); L. 13, pr., § 1, 3, 4; L. 15, § 5, de j. fisci (XLIX, 14); L. 1, § 9, ad L. Corn. de falsis (XLVIII, 10); L. 3, C. de quadr. præscr. (VII, 37). — Il est assez singulier de trouver dans la rubrique de Paulus, V, 12 : de jure fisci et populi. Mais cela ne prouve pas que de son temps la distinction entre les deux caisses continuât d'exister; sans doute Paul n'emploie cette expression qu'historiquement.

des communes sont aussi anciennes ou plus anciennes que l'État lui-même (§ 86); celles constituées plus tard le sont toujours par un acte politique, tel que la *coloniæ deductio* chez les Romains, non d'après une règle du droit privé. Quant au fisc, personne n'ira jamais rechercher le mode de son origine.

Pour les autres personnes juridiques, il est de principe que pour les constituer il ne suffit pas de l'accord de plusieurs individus ou de la volonté d'un fondateur, mais qu'il faut encore l'autorisation du pouvoir suprême de l'État. Cette autorisation peut être accordée aussi bien expressément que tacitement; elle peut résulter d'une reconnaissance formelle ou d'une tolérance ouverte : cette règle est générale; mais les peines qui punissent la tentative de constituer indûment une personne juridique sont moins générales, et ainsi elles ne s'appliquent jamais aux corporations industrielles, ni aux fondations (§ 88, *o*). Pour former un *collegium* proprement dit, une corporation volontaire (§ 88), il faut au moins trois membres (*a*). Cela doit

(*a*) L. 85, de V. S. (L, 16) : « Neratius Priscus tres facere existimat collegium : et hoc magis sequendum est. » Il est peu de principes du droit romain qui aient été aussi souvent cités, même en dehors du cercle des jurisconsultes. — De même, on tentendait ordinairement par *familia* la réunion d'au moins trois esclaves (L. 40, § 3, de V. S.; L. 16), c'est par exception que dans l'Int. de vi (« aut familia tua dejecit ») un seul

s'entendre de son commencement, car, une fois constituée, une *universitas* peut se continuer même avec un seul membre (*b*).

Le principe que je viens de poser, sur la nécessité de l'autorisation du gouvernement, a été de nos jours l'objet de diverses attaques, non pour les corporations, soit à cause de plusieurs textes de droit romain, soit à cause des dangers que pourraient avoir pour l'État des corporations formées sans aucun contrôle, mais bien pour les fondations pieuses, et voici les arguments que l'on oppose. Le droit romain laisse aux particuliers la faculté illimitée de faire de semblables fondations; ensuite elles ont un caractère essentiellement louable et ne peuvent jamais devenir dangereuses : on réclame donc la même indépendance pour les établissements destinés, soit au soulagement des pauvres, soit à la culture de l'intelligence (*c*). Mais ici la loi

esclave est pris comme *familia*. L. 1, § 17, de vi (XLIII, 16).

(*b*) L. 7, 2, quod cuj. un. (III, 4) : «.... Si universitas ad « unum redit, magis admittitur, posse eum et convenire et con« veniri : cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen « universitatis. » — Ainsi, en pareil cas, la personne juridique continue de subsister, conserve son nom, et les biens de la corporation ne deviennent pas les biens privés du seul membre restant. Alors seulement, et c'est ce que notre texte fait remarquer, cet individu peut agir directement en justice sans l'intermédiaire d'un *actor* ou *syndicus*.

(*c*) Lors du procès que soutint l'institut des arts de Städel,

romaine est doublement inapplicable, car elle n'est pas glosée (*d*); de plus, elle parle uniquement des fondations en faveur de l'Église ou des pauvres, et elle suppose l'assentiment et la surveillance de l'Église; conditions qui n'existent plus aujourd'hui (§ 88). Le second argument tombe devant les considérations suivantes.

Indépendamment de la raison politique, la nécessité du consentement de l'État pour la formation d'une personne juridique trouve sa source dans la nature même du droit. L'homme, par le seul fait de son apparition corporelle, proclame son titre à la capacité du droit, principe auquel l'esclavage faisait chez les Romains une large exception, et dont l'application est bien autrement générale parmi nous. A ce signe visible, chaque homme, chaque juge sait les droits qu'il doit reconnaître, les droits qu'il doit protéger. Quand la capacité naturelle de l'homme est étendue fictivement à un être idéal, ce signe visible manque, et la volonté de l'autorité suprême peut seule y suppléer en créant des sujets artificiels du droit : abandonner cette faculté aux

à Francfort-sur-Mein, c'est cette opinion que soutenaient ses défenseurs. Mais Mühlenbruch (Beurth. des Städelschen Beerbungfalles, Halle, 1828) a très-bien rétabli les véritables principes sur l'origine des personnes juridiques. Au reste, ce n'était là qu'un incident de ce procès; les autres points de l'affaire, de même que son résultat, sont hors de mon sujet.

(*d*) C'est le texte non glosé. L. 46, C. de episc. (I, 3.)

volontés individuelles, ce serait infailliblement jeter sur l'état du droit une grande incertitude, sans parler des abus que pourraient entraîner les volontés frauduleuses. A cette raison décisive, prise dans la nature même du droit, se joignent des considérations politiques et d'économie politique. On reconnaît que les corporations peuvent offrir des dangers; mais l'extension illimitée des fondations n'est pas toujours désirable ou indifférente. Si l'on faisait une riche fondation dans le but de propager des livres ou des doctrines dangereuses pour l'État, pour la morale ou la religion, l'État devrait-il la souffrir (*e*)? Les fondations même de pure bienfaisance ne doivent pas non plus être entièrement abandonnées aux volontés individuelles. Si dans une ville, par exemple, où les établissements en faveur des pauvres seraient bien organisés et pourvus de revenus suffisants, un testateur riche, par une charité mal entendue, instituait des aumônes qui viendraient déranger les bons résultats de la charité publique, l'État n'aurait

(*e*) De nos jours, on ne saurait nier que cela ne soit possible. Il y avait des gens riches parmi les saint-simoniens, et pourquoi l'idée ne serait-elle pas venue à l'un d'eux de fonder un grand établissement pour la propagation de sa doctrine? Peut-être les lois et les tribunaux n'ont-ils jamais eu à réprimer de pareilles tentatives; mais certainement l'État ne devrait pas leur prêter son secours.

aucun motif de donner à cette fondation plus de consistance en lui conférant les droits de personne juridique. Ici, indépendamment du caractère de la fondation, il s'agit encore d'éviter une accumulation exagérée de biens en mainmorte. Ce genre d'abus peut exister même pour les fondations autorisées par l'État; mais il n'y aurait aucun moyen d'y remédier, si les particuliers pouvaient toujours créer de nouvelles fondations.

La personne juridique une fois constituée ne doit pas être dissoute par la seule volonté des membres actuels, car elle existe indépendamment de ces membres (§ 86); il faut encore l'autorisation de l'autorité souveraine. D'un autre côté, les personnes juridiques peuvent être dissoutes par la décision seule de l'autorité, malgré la volonté de leurs membres, si elles viennent à compromettre la sûreté ou les intérêts de l'État. Des classes entières de corporations qui prennent une direction dangereuse peuvent être abolies à la fois, c'est-à-dire par une disposition législative générale (§ 88). Une personne juridique peut aussi être dissoute dans un cas particulier, en vertu d'un acte politique et en dehors de toute règle (*f*). — Pour les fonda-

(*f*) L. 21, quibus mod. usufr. (VII, 4): « Si ususfructus « civitati legetur, *et aratrum in eam inducatur, civitas esse*

tions ayant le caractère d'établissements publics (§ 88), ce droit de l'État s'exerce encore plus largement; et sans qu'elles deviennent dangereuses ou nuisibles, l'État peut les abolir, dès qu'il existe une voie meilleure pour arriver au but d'utilité générale dans lequel elles ont été créées.

J'ai montré qu'une corporation peut se continuer même dans un seul de ses membres (note *b*); on a souvent tiré de ce principe la conclusion erronée qu'une corporation finit nécessairement par la mort de tous ses membres. Cette conclusion ne saurait être admise, quand la corporation repose sur un intérêt public et permanent (§ 88). Si donc une épidémie enlevait successivement dans une ville tous les membres d'une corporation d'artisans, il ne faudrait pas regarder la corporation comme dissoute, et ses biens comme abandonnés ou appartenant à l'État.

Si les règles que je viens d'exposer sur le commencement et la fin des personnes juridiques sont incomplètes, cela tient à la nature même du sujet. Toute la partie de détail touche à la constitution politique et aux formes administratives de chaque État, et dès lors sort des limites du pur droit privé.

« *desinit, ut passa est Carthago;* ideoque quasi morte desinit
« habere usumfructum. »

§ XC. *Personnes juridiques. — Leurs droits.*

Les droits des personnes juridiques sont de deux espèces. Les uns tiennent à l'essence même de la personne juridique, c'est-à-dire qu'elle n'a été instituée que pour la capacité de ces droits. Les autres ont un caractère moins nécessaire, plus positif, et consistent en priviléges spéciaux (*jura singularia*), conférés tantôt à la personne juridique elle-même pour l'exercice de ses droits (*a*), tantôt aux membres individuels qui la composent (*b*). L'énumération complète de ces priviléges aurait ici peu d'intérêt, car ils ne peuvent être bien saisis que dans leurs rap-

(*a*) Tels sont : pour le fisc, ses nombreuses prérogatives ; par exemple, son hypothèque générale, tacite et même privilégiée ; pour les villes créancières, le droit de figurer dans la quatrième classe de créanciers, quand leur débiteur est en faillite ; de même le droit à la restitution en général, privilége que leur accordait le droit romain, mais que le droit moderne a beaucoup étendu.

(*b*) Ainsi, en droit romain, les membres de plusieurs corporations utiles ont plusieurs immunités ; par exemple, l'*excusatio* de la tutelle. L. 17, § 2 ; L. 41, § 3, de excus. (XXVII, 1). Fragm. Vaticana, § 124, § 233-237. — L. 5, § 12, de j. immun. (L. 8). — Ulpian., III, § 1, 6. — Dans les derniers temps de l'empire, ces corporations, comme tant d'autres institutions, devinrent des espèces de castes. Le droit, mais aussi l'obligation d'en faire partie, était héréditaire, comme la participation à la curie de la ville. L. 4, C. Th. de priv. corpor. (XIV, 2). ; tit. C. Th. de pistor. (XIV, 3).

ports avec les diverses institutions auxquelles ils font exception. Quant aux droits essentiels des personnes juridiques, leur exposition ne peut être mieux placée qu'ici.

Pour envisager ces droits sous leur véritable point de vue, il faut se reporter à la définition de la personne juridique (§ 85), un sujet capable de propriété. En effet, les droits des biens, sauf les rapports de famille spéciaux, et quelques cas particuliers d'une importance secondaire, ne s'acquièrent pas d'eux-mêmes, ils ne résultent que de certains actes (*c*). Or, ces actes supposent un être qui pense et qui veut, un individu, et les personnes juridiques n'existent que fictivement. Ici se présente la contradiction d'un sujet capable de propriété, et incapable des actes nécessaires pour acquérir. Une contradiction semblable, mais à un degré moindre, se retrouve aussi chez les personnes naturelles :

(*c*) Les *necessarii heredes* acquièrent l'hérédité, c'est-à-dire les biens, *ipso jure*, sans aucun fait de leur part; les autres héritiers n'acquièrent qu'en exprimant la volonté de succéder. De même, la propriété peut être accrue sans le fait du propriétaire (par l'*accessio*); elle ne peut commencer sans le fait de l'homme. De même encore, la formation régulière des créances, si importante pour le commerce, n'a pas lieu sans le concours de la volonté du créancier; mais si la créance, au lieu de résulter d'un contrat, résulte d'un dommage souffert en violation d'un droit, alors son acquisition est ordinairement peu désirable et peu avantageuse au créancier.

les impubères et les aliénés, par exemple; car ils réunissent à la capacité absolue du droit l'incapacité absolue d'agir. Cette contradiction appelle un remède artificiel, la représentation; ce remède se trouve pour les personnes naturelles dans la tutelle, pour les personnes juridiques dans leur constitution.

Quand je donne comme fondement nécessaire de la représentation artificielle l'incapacité d'agir, naturelle aux personnes juridiques, cela doit s'entendre littéralement. Plus d'un auteur se figure qu'un acte émanant de tous les membres d'une corporation est l'acte de la corporation elle-même, et que la représentation n'a été introduite qu'à cause de la difficulté d'amener tous les membres de la corporation à une communauté de volonté et d'action. Mais, dans la réalité des choses, la totalité des membres qui composent une corporation diffère essentiellement de la corporation même (§ 86); et quand les membres d'une corporation, sans en excepter aucun, se réuniraient pour agir, ce ne serait pas là un acte de l'être idéal que nous appelons personne juridique (Cf. § 91, *q*; § 93, *b* et *h*). Une corporation ressemble à un pupille, dont la tutelle serait exercée, s'il s'agit d'une *universitas ordinata* (§ 86), par les autorités que crée la constitution; s'il s'agit d'une *universitas inordinata*, par les membres actuels. Ces derniers et la

corporation ne sont donc pas plus identiques que le tuteur et son pupille.

Voici donc l'ordre que je suivrai dans cette recherche. Je traiterai d'abord des droits, puis de la constitution des personnes juridiques, pour laquelle il est essentiel de fixer d'abord le véritable point de vue. La constitution, en tant qu'elle fonde la personne juridique, car souvent elle a, en outre, un but tout différent, et plus important à certains égards; la constitution établit, au moyen de la représentation, la possibilité des actes indispensables à l'exercice du droit des biens, c'est-à-dire tous les actes par lesquels la propriété s'acquiert, se conserve, s'exerce et se modifie en changeant ses objets.

Avant de commencer l'exposition des droits accessibles aux personnes juridiques, je dois établir un principe général très-important, qui ressort de la définition donnée plus haut, mais qui n'en est pas moins susceptible d'être méconnu. Tous ces droits appartiennent absolument et sans partage à la personne juridique comme unité, et non pas, s'il s'agit d'une corporation, aux différents membres qui la composent. Appliqué à certains rapports de droit, ce principe se montrera dans tout son jour.

§ XCI. *Personnes juridiques.* — *Leurs droits.* (Suite.)

I. Propriété.

Les personnes juridiques peuvent avoir la propriété de toute espèce de choses (*a*). Elles pouvaient même, d'après l'ancien droit romain, acquérir, au moyen des actes solennels, la mancipation, par exemple, si elles avaient un esclave pour les représenter (*b*). — La propriété, de même que les droits de toute nature, appartient à la personne juridique, considérée comme unité, et les membres n'y ont individuellement aucune part (*c*). Ce principe recevait chez les

(*a*) L. 1, § 1, quod cuj. un. (III, 4) : « Quibus autem permissum est corpus habere... proprium est, ad exemplum Reipublicæ, habere *res communes, arcam communem.* » (§ 88, *r*.)

(*b*) Taciti Ann., II, 30 : « Negante reo, agnoscentes servos « per tormenta interrogari placuit. Et, quia vetere Scto quæstio « in caput domini prohibebatur, callidus et novi juris repertor « Tiberius, *mancipari singulos actori publico* jubet : scilicet « ut in Libonem, salvo Scto quæreretur. » Plinius, Epist., VII, 18 : « Deliberas mecum, quemadmodum pecunia, quam municipibus « nostris in epulum obtulisti, post te quoque salva sit... Equidem nihil commodius invenio, quam quod ipse feci. Nam pro « quingentis millibus nummum... agrum ex meis longe pluris « *actori publico mancipavi*, etc. » — Dans ces deux cas, l'*actor publicus* est un esclave interposé pour le besoin de l'affaire, et qui, dans le premier cas, appartient à l'État, dans le second à une ville.

(*c*) L. 6, § 1, de div. rerum (I, 8).

Romains plusieurs applications remarquables. En matière criminelle, il était de règle que l'esclave de l'accusé ne pouvait déposer contre lui, et l'esclave appelé en témoignage était toujours soumis à la torture. Mais si un citoyen d'une commune était accusé criminellement, les esclaves appartenant à la ville pouvaient déposer contre lui; car il n'avait sur eux aucun droit de propriété (*d*).

La personne juridique pouvait, comme tout autre propriétaire, affranchir ses esclaves et exercer les priviléges du patronage, notamment par rapport aux successions. Ces principes ne sont nullement douteux, et on les voit souvent appliqués aux communes et aux autres personnes juridiques (*e*); mais l'histoire de leur développement n'est pas aussi claire. Une *lex vectibulici*, rendue sous le règne de Trajan, permet aux villes d'Italie d'affranchir leurs esclaves; sous le règne d'Hadrien, un sénatus-consulte étendit cette faculté aux villes des provinces (*f*). Enfin, Marc-Aurèle permit aussi aux colléges d'affranchir leurs esclaves et d'acquérir

(*d*) L. 1, § 7, de quæst. (XLVIII, 18). (Voyez plus haut, § 87, *c*.)

(*e*) L. 1, 2, 3, de manumission. quæ servis (XL, 3); L. un. de libertis univ. (XXXVIII, 3); L. 10, § 4, de in j. voc. (II, 4); L. 25, § 2, de adquir. vel om. her. (XXIX, 2).

(*f*) L. 3, C. de servis reipub. (VII, 9). — Bach, Trajanus, p. 152; Bach, Hist. juris, p. 380, 6ᵉ éd.

comme patrons (*g*). D'après cela, on pourrait croire qu'avant Trajan la manumission était interdite aux personnes juridiques. Mais Varron parle des affranchis de la république, des municipes, des *societates*, des *fana*, comme d'une chose ordinaire et bien connue (*h*); et, d'après ses expressions, il est impossible de ne pas admettre la validité de ces affranchissements. Voici comment se concilient ces témoignages contradictoires. La manumission par *vindicta* était une *legis actio* qu'il fallait exercer soi-même, et non par un représentant (*i*). Les personnes juridiques n'ayant pas cette capacité, leurs affranchis ne pouvaient anciennement acquérir de la liberté que la possession en fait, et, depuis la loi Junia, la latinité. Le passage de Varron s'applique à cette manumission imparfaite. Les lois de Trajan et de ses successeurs, dérogeant à l'ancien *jus civile*, permirent aux personnes juridiques de conférer à leurs affranchis la liberté parfaite avec le droit de cité (*k*).

(*g*) L. 1, 2, de manumission. quæ servis (XL, 3).

(*h*) Varro, de lingua lat., lib. 8, C. 41. (Voy. plus haut, § 88, *cc*.)

(*i*) L. 123, pr., de R. J. (L. 17); L. 3, C. de vindicta (VII, 1).

(*k*) L. 3, C. de servis reip. (VII, 9) : « .... Si itaque secundum « legem vectibulici... manumissus, *civitatem Romanam consecutus es*, etc. » L. 2, eod. — L'indication de ces textes se trouve déjà dans Bach, Trajanus, p. 156. — Dans les villes des provinces, où la *vindicta* ne pouvait jamais avoir lieu, elle était remplacée par un décret du sénat de la ville, confirmé par

— Ici encore, pour le droit de patronage, se reproduit la distinction entre la personne juridique et les membres qui la composent. Ainsi, les affranchis d'une ville ne doivent pas à ses habitants la soumission et le respect qu'un affranchi doit à son patron (*l*).

Pour les personnes juridiques comme pour tout autre propriétaire, les immeubles forment la majeure partie des biens. Mais ici se présente une distinction importante. Une corporation peut louer ou administrer ses immeubles pour son propre compte; elle peut en abandonner la jouissance à ses membres (*m*); enfin, ce double

le gouverneur de la province. L. 1, 2, C. de servis reipub. (VII, 9).

(*l*) L, 10, § 4, de in j. voc. (II, 4).

(*m*) Eichhorn, Deutsches Privatr., § 372. — En Allemagne, les biens de la première espèce s'appellent ordinairement *Kämmereyvermögen*, biens de l'administration; ceux de la seconde classe, *Bürgervermögen*, biens des citoyens. Ainsi, on appelle *Bürgerwald* un bois dont la propriété appartient à la ville, et dont les produits sont partagés annuellement entre les habitants. Tels sont encore les pâturages communs des villes et des villages, et les chasses dont tous les citoyens ont la juissance, tandis que la *Stadtjagd* est affermée par la ville. L'ancien *ager publicus* des Romains a de l'analogie avec le *Bürgervermögen* moderne. — Quelquefois la jouissance de ces biens appartient exclusivement à une certaine classe de citoyens. Ainsi, l'*ager publicus* fut d'abord réservé aux patriciens, plus tard aux *optimates* — Souvent la distinction entre ces deux espèces de propriétés est très-difficile à établir, surtout lorsqu'il y a eu des changements dans la constitution politique et telle est la principale cause du dé-

caractère peut se trouver réuni, quand les membres, comme prix de leur jouissance, payent à la corporation une redevance ordinairement fort modique. Dans le second cas, celui où les membres jouissent exclusivement de la chose, la propriété est en quelque sorte fictive, et se réduit à protéger les véritables titulaires; mais, en droit, elle doit être envisagée et traitée comme propriété de la corporation (*n*). — Quelquefois, et ce cas doit être soigneusement distingué, le droit appartient à des individus ou à une classe de membres : alors il y a seulement propriété commune et non propriété de la corporation (*o*).

II. Servitudes.

Il y a plusieurs servitudes qui, de leur nature, ne peuvent appartenir aux personnes juridiques.

L'*ususfructus* leur est parfaitement applicable, car la perception de la propriété des fruits forme le principal objet de l'usufruit. La durée de l'usufruit d'une personne juridique est ordinairement fixée à cent ans, comme représentant la vie la plus longue d'une personne naturelle (*p*).

bat qui s'éleva dans le canton de Schwitz, il y a quelques années, entre les *Hornmänner* et les *Klauenmänner* (les possesseurs de gros et de menu bétail).

(*n*) Kori, p. 17, 18.

(*o*) Kori, p. 33-39, et p. 18, note.

(*p*) L. 56, de usufr. (VII, 1); L. 8, de usu et usufr. leg. (XXXIII, 2). Voy. plus bas note *r*.

Par exception, l'usufruit prend fin si la personne juridique est dissoute (*q*). Dans l'ancien droit, la personne juridique acquérait l'usufruit *ipso jure* en vertu d'un legs (le *vindicationis legatum* seulement), non en vertu de la mancipation, car elle n'a pas lieu pour l'usufruit, ni en vertu de la *in jure cessio*, car cet acte était interdit à l'esclave, qui seul pouvait agir pour la personne juridique (*r*). Le droit moderne permettant de constituer l'usufruit d'une manière plus naturelle, par contrat, le mode de sa constitution ne fait plus aucune difficulté.

L'*usus* n'est pas applicable aux personnes juridiques, car il consiste dans l'usage propre et personnel du titulaire.

Elles peuvent avoir des servitudes rurales qui ne sont que des extensions de la propriété fon-

(*q*) L. 21, quib. modis usufr. (VII, 4). Voy. § 89, *f*.

(*r*) Gaius, II, § 96. — Ainsi, les personnes juridiques ne pouvaient recevoir *inter vivos* aucun *ususfructus jure constitutus*, mais seulement une *possessio ususfructus* (voy. là-dessus L. 3, si ususfr., VII, 6). C'est encore à cet objet que se rapporte évidemment la L. 56, de usufr., VII, 1 : « An *ususfructus nomine actio* municipibus dari debeat, quæsitum est... Unde « sequens dubitatio oritur, quousque *tuendi essent* in eo usufructu « municipes? Et placuit, centum annis *tuendos esse* municipes, « quia is finis vitæ longævi hominis est. » A la vérité, on retrouve de semblables expressions dans la L. 8, de usu et usufr. leg. (XXXIII, 2), relative à un legs; mais cette loi parle probablement d'un *damnationis legatum*, qui ne pouvait avoir que le même genre de résultats imparfaits.

cière. De tout temps les personnes juridiques ont acquis les servitudes par legs, jamais par *in jure cessio* (note *r*); elles pouvaient acquérir une servitude rurale, mais non une servitude urbaine, au moyen de la mancipation faite à un de leurs esclaves (*s*). Ici encore aucune difficulté, relative au mode d'acquisition, n'existe plus en droit moderne.

III. Possession.

Anciennement, on doutait que la possession pût s'appliquer, comme les rapports de droit proprement dits, aux personnes juridiques; sa nature, toute de fait, semblait peu compatible avec leur nature toute fictive. Aussi quelques-uns pensaient que ces personnes n'avaient qu'une possession exceptionnelle par l'intermédiaire de leurs esclaves, et seulement pour les objets dépendant du pécule. D'autres pensaient que les personnes juridiques n'ayant pas la possession de leurs esclaves, elles ne pouvaient, dans aucun cas, posséder par leur intermédiaire (*t*). Du

(*s*) Gaius, II, § 29; Ulp., XIX, § 1. — La L. 12, de serv. (VIII, 1), a évidemment trait à cette distinction : « Non dubito « quin *fundo* municipium *per servum* recte servitus adquiratur. » En effet, un esclave pouvait acquérir un droit de passage ou d'aqueduc pour un *fundus*, au moyen de la mancipation, tandis que la mancipation ne pouvait servir à établir aucune servitude pour un bâtiment.

(*t*) L. 1, § 22, de adqu. vel am. poss. (XLI, 2); « Municipes « *per se* nihil possidere possunt, *quia universi* (al. *uni*) *consen-*

temps des jurisconsultes classiques, il était reconnu que les villes, et toutes personnes juridiques, pouvaient acquérir la possession, soit par leurs esclaves, soit par des représentants libres (*u*).

Au reste, il est vraisemblable que cette controverse, concentrée dans le domaine de la théorie, n'a pas eu d'influence sur la pratique. Autrement on ne saurait expliquer, pour les personnes juridiques, l'acquisition d'un droit de propriété quelconque, d'après les principes rigoureux de l'ancien droit. Sans doute, elles acquéraient par leurs esclaves; mais comment arrivaient-elles à la propriété du premier esclave? On ne trouve d'autre moyen que l'usucapion; mais si l'usucapion est indispensable pour établir leur propriété, il faut que la pratique leur ait reconnu de tout temps la capacité de possé-

« *tire non possunt.* » Ces derniers mots ne signifient pas qu'il serait trop difficile d'avoir le consentement de tous les habitants, car il n'y a là aucune impossibilité; mais, quand même tous les habitants exprimeraient une volonté unanime, on n'aurait pas pour cela le consentement de la corporation considérée comme unité idéale (*universi*), et ainsi manquerait toujours une condition indispensable, l'*animus possidendi* dans la personne du véritable possesseur (§ 90, § 93, *b*, *h*). — Cf. Gaius, II, § 89, 90.

(*u*) L. 2, de adqu. vel am. poss. (XLI, 2); L. 7, § 3, ad exhib. (X. 4). Cf. Savigny, Recht des Besitzes, § 21, § 26, p. 354, 358, 367, 6e éd.

der, car sans possession il n'y a pas d'usucapion.

Voici maintenant comment s'établit la possession des personnes juridiques. Elles pouvaient acquérir des droits, car tous les actes juridiques de leurs représentants étaient toujours considérés comme leurs propres actes, et ce principe forme l'essence de leur constitution. Pour la possession, cela souffrit difficulté, parce que sa nature, purement de fait, semblait peu compatible avec une semblable fiction. Pour résoudre la difficulté, on admit qu'en matière de possession la personne juridique était aussi représentée par ses représentants généraux ou par ses chefs. Or, toutes les conditions que doit réunir, pour l'acquisition de la possession, un possesseur ordinaire, doivent se trouver dans la personne physique des représentants. Ils doivent avoir conscience de la possession, et l'appréhender soit par eux-mêmes, soit par un mandataire, qui, chez les Romains, pouvait être esclave. Mais la dérogation au principe établi pour l'acquisition de la possession subsiste toujours, car la personne juridique elle-même possède sans en avoir conscience. Ainsi, quand un tuteur acquiert la possession pour un enfant, un curateur pour un aliéné, la difficulté et sa solution sont précisément les mêmes (*v*).

(*v*) Cette doctrine, dont les bases se trouvent déjà dans mon traité de la possession, a été attaquée par Warnkönig, Ar-

§ XCII. *Personnes juridiques.* — *Leurs droits.* (Suite.)

IV. Obligations.

Les personnes juridiques ont les créances et les dettes qui résultent des contrats de leurs représentants réguliers. Il y avait, quant à la forme, cette différence dans l'ancien droit romain, que les créances résultant des stipulations d'un esclave appartenant à la personne juridique pouvaient s'acquérir *ipso jure*, c'est-à-dire directement (*a*), tandis que les contrats d'un représentant libre ne donnaient lieu qu'à une *utilis actio* (*b*). Cette distinction n'existe plus dans le droit moderne. — Une autre distinction, et qui n'est pas simplement de forme, subsiste encore aujourd'hui. S'il s'agit d'un contrat qui

chiv., XX, p. 412-420, et il prétend que les personnes juridiques comme les personnes physiques n'acquièrent pas la possession à leur insu. Mais il ne s'est pas bien rendu compte des caractères essentiels aux personnes juridiques, et l'on voit clairement qu'il partage là-dessus l'erreur commune à tant d'auteurs d'après ce passage (p. 420) : « C'est un principe reconnu que la « volonté de la majorité exprime *la volonté de la corporation* « *même*. » Mais alors, pourquoi les Romains auraient-ils trouvé plus de difficulté pour l'acquisition de la possession par les personnes juridiques que par les personnes physiques, ou que pour tout autre genre d'acquisition.

(*a*) L. 2, § 1, de usuris (XXII, 1).

(*b*) L. 6, § 7, 9, de pecunia constit. (XIII, 5).

exige la remise d'une chose, un prêt, par exemple, la personne juridique n'est obligée que si la chose a réellement tourné à son profit (*c*). — Les obligations, plus rares et moins importantes, qui se forment sans notre volonté et indépendamment de nos actes, ont, pour les personnes juridiques, les mêmes effets que pour les personnes naturelles (*d*).

Relativement aux obligations nées d'un délit, en tant qu'elles atteignent une personne juridique, les opinions sont fort partagées. Mais les personnes juridiques peuvent aussi bien que les personnes naturelles exercer les actions résultant d'un délit commis à leur préjudice, et il n'y a là-dessus aucune incertitude. Comme cette question se rattache à une autre, celle de savoir si un crime public peut être imputé à une personne juridique, je me réserve de les traiter ensemble (§ 94).

Le principe général que j'ai posé, § 90, trouve ici une nouvelle application. Les créances et les dettes concernent exclusivement l'unité artificielle, non les membres qui la composent (*e*).

(*c*) L. 27, de reb. cred. (XII, 1).

(*d*) Ainsi, par exemple, familiæ herciscundæ, finium regundorum, aquæ pluviæ actio. L. 9, quod cuj. un. (III, 4). — Il en était de même, d'après le droit romain, des actions noxales en réparation du dommage causé par l'esclave d'une personne juridique.

(*e*) L. 7, § 1, quod cuj. un. (III, 4) : « Si quid universitati

Néanmoins une corporation peut contraindre ses propres membres à contribuer au payement des dettes de la corporation. Ce droit que la corporation exerce vis-à-vis de ses membres tient à sa constitution intérieure, et n'a rien de commun avec les dettes qu'elle peut contracter envers des étrangers.

V. Actions.

La capacité du droit reconnue aux personnes juridiques aurait des résultats très-imparfaits, si on ne leur reconnaissait également la capacité de paraître en justice comme demandeurs et comme défendeurs. Ce droit est posé comme règle générale (*f*). Quant à sa réalisation, la personne juridique peut, pour chaque affaire, constituer un *actor*, qui est entièrement assimilé à un procureur ordinaire. Elle peut aussi constituer, pour se faire représenter en justice, un mandataire général qui prend le nom de *syndicus;* cette dernière forme est celle qu'emploient les communes dans le droit romain moderne (*g*). — Ce mode de représentation s'emploie non-seulement pour la poursuite des actions proprement dites, mais aussi pour l'exécution des actes judiciaires, tels que caution, *operis novi*

« debetur, singulis non debetur : nec, quod debet universitas, « singuli debent. »

(*f*) L. 7, pr., quod cuj. un. (III, 4).

(*g*) L. 1, § 1; L. 6, § 1, 3; L. 3, quod cuj. un. (III, 4).

nuntiatio, etc. (*h*). Le procureur ou syndic n'est pas alors un représentant nommé par plusieurs personnes, mais il représente un individu, la personne juridique prise comme unité (*i*). — Si la corporation se trouve accidentellement réduite à un seul membre, celui-ci peut intenter directement les procès, mais non en son nom personnel, toujours comme représentant la corporation (*k*). Chaque citoyen peut en outre soutenir, à titre de *defensor*, les droits d'une personne juridique, de même que s'il s'agissait d'une personne naturelle (*l*).

La personne juridique une fois condamnée, les moyens d'exécution sont les mêmes que contre une personne naturelle, la *missio in possessionem*, le concordat, la saisie de ses biens, la substitution à ses créances (*m*).

Quand, dans un procès où elle est partie, la personne juridique doit prêter serment, ce cas présente une difficulté spéciale, car ce n'est pas à l'adversaire juridique, c'est à la personnalité purement humaine, à la conscience de l'individu que le serment est déféré. Le droit romain ne parle pas du serment judiciaire; mais dans

(*h*) L, 10, quod cuj. un. (III, 4).
(*i*) L. 2. quod cuj. un. (III, 4).
(*k*) L. 7, § 2, quod cuj. un. (III, 4). Voy. § 89, *b*.
(*l*) L. 1, § 3, quod cuj. un. (III, 4).
(*m*) L. 7, § 2; L. 8, quod cuj. un. (III, 4).

un cas tout à fait semblable, celui d'un legs fait sous la condition d'un serment, s'il s'agit d'une commune, c'est-à-dire d'une *universitas ordinata*, le serment doit être prêté par les magistrats municipaux (*n*). Dans la pratique moderne, le serment est toujours prêté par certains membres de la corporation. Quant à leur nombre et au mode de leur désignation, les opinions des auteurs et les législations modernes varient beaucoup (*o*).

(*n*) L. 97, de condit. (XXXV, 1) : « Municipibus, *si jurassent*, legatum est : hæc conditio non est impossibilis. Paulus : « quemadmodum ergo pareri potest? Per eos itaque jurabunt, « per quos municipii res geruntur. » — C'est absolument dans le même sens que s'exprime la L. 14, ad munic. (L. 1) : « Municipes intelliguntur *scire*, quod sciant hi, quibus summa Rei« publicæ commissa est. » — L'acte de pacification de 1521, VII, 9, porte que le *jusjurandum purgatorium*, déféré à une communauté religieuse ou laïque, sera prêté par les deux tiers des membres composant le conseil de la communauté. Cet article reproduit la disposition du droit romain, en la précisant davantage.

(*o*) Linde, archiv. für civil. Praxis, vol. X, p. 18-36. Lui-même pense que, si la coutume indubitable n'établissait pas le principe contraire, tous les membres devraient jurer, tous ceux du moins qui ont été d'avis de prêter le serment. Cette opinion se rattache à une doctrine très-répandue sur la nature des personnes juridiques, doctrine que j'examinerai plus bas.

§ XCIII. *Personnes juridiques.* — *Leurs droits.* (Suite.)

VI. Droit de succession.

Le droit de succession a été accordé aux personnes juridiques beaucoup plus tard que les autres moyens d'acquérir, et cette différence tient à la nature générale du droit de succession comparée aux caractères essentiels des personnes juridiques. La loi qui règle les successions est, pour tout homme qui possède, d'une haute importance, car l'hérédité seule donne à ses biens un intérêt durable; mais les personnes juridiques n'ont pas d'héritiers, parce qu'elles ne meurent pas. D'un autre côté, la succession, comme moyen d'acquérir, sauf le cas de proche parenté, qui n'existe pas pour les personnes juridiques, est une chose tellement fortuite et accidentelle qu'on ne saurait la regarder comme indispensable à la rapidité ou à la liberté du commerce, et son absence ne laisserait pas de lacune dans le droit des biens. Or, les personnes juridiques n'étant en quelque sorte instituées que pour participer, comme les personnes naturelles, à l'exercice de la propriété (§ 85), on comprend que leurs droits aient été reconnus et définis longtemps avant qu'on leur eût conféré la capacité de succéder. A la vérité, elles ne

pouvaient être instituées héritières par testament : les règles du droit s'y opposaient; mais cette difficulté n'existait pas pour un legs; d'ailleurs il eût fallu y remédier par une exception formelle, si les besoins de la pratique en eussent fait sentir la nécessité.

Je passe à l'exposition détaillée du sujet.

A. Successions ab intestat. La parenté, qui forme la base fondamentale de cet ordre de successions, manque aux personnes juridiques. L'ancien droit civil leur interdisait également le patronage; mais quand ce droit leur eut été accordé par une exception formelle, on leur attribua sans difficulté les successions ab intestat de leurs affranchis, comme conséquence du patronage. Cela fut d'abord établi pour les communes, ensuite pour toutes les autres personnes juridiques (§ 91, *e*). — Plusieurs espèces de corporations eurent en outre le privilége spécial d'hériter de leurs membres, mais à défaut de tous autres héritiers, c'est-à-dire dans le cas seulement où la succession eût été dévolue au fisc (*a*).

B. Successions testamentaires. Les communes, et à bien plus forte raison les autres personnes juridiques, furent pendant longtemps incapables de ce genre de succession. Ulpien explique

(*a*) Dirksen, p. 99.

ainsi cette incapacité : l'adition d'hérédité résulte uniquement de la volonté personnelle et des actes de l'héritier, toutes choses impossibles à une personne juridique qui n'a d'autre existence qu'une fiction de droit (*b*). — Par une dérogation formelle à ce principe, un sénatus-consulte

(*b*) Plinius, Epist., V, 7 : « Nec heredem institui nec præcipere posse rempublicam constat. » — Voici un texte plus précis : Ulpian., XXII, § 5 : « Nec municipia, nec municipes « heredes institui possunt : quoniam incertum corpus est, ut « neque cernere universi, neque pro herede gerere possint, ut « heredes fiant. » Sur ces mots : Nec municipia nec municipes, voy. § 87, *c*. Le reste du passage doit être ainsi entendu : Pour acquérir une *hereditas*, une ville devrait se faire représenter ou agir elle-même. Or, il est de principe qu'une *hereditas* ne peut s'acquérir par l'intermédiaire d'un représentant, pas même d'un tuteur (L. 65, § 3, ad Sc. Treb., XXXVI, 1 ; L. 5, C. de j. delib., VI, 30) ; ensuite une ville ne peut agir directement, car, ayant une existence fictive ou idéale, elle ne saurait avoir la capacité naturelle à un individu (quoniam incertum corpus est), et dès lors, comme unité idéale (universi), elle ne peut accomplir les actes nécessaires pour l'adition de l'*hereditas* (cernere ou gerere). Sur le sens du mot *universi*, voy. § 90, § 91, *t*, et plus bas note *h*. — On traduit ordinairement *incertum corpus* par *incerta persona*, et l'on entend par : *neque... universi... possint*, l'impossibilité de faire concourir tous les citoyens à ces actes. Mais cette interprétation doit être rejetée par les raisons suivantes. D'abord Ulpien considérerait comme identiques deux choses très-distinctes; puis les corporations ne sont pas des *incertæ personæ* (voy. plus bas note *q*) ; enfin l'impossibilité de faire concourir tous les citoyens à l'adition d'hérédité n'existe nullement pour une ville d'une médiocre étendue; et s'il s'agissait d'une succession importante, on pourrait obtenir le concours de tous les citoyens sans aucune exception.

permit aux communes de recueillir les successions testamentaires de leurs affranchis (*c*). Après avoir attribué aux communes les successions ab intestat de leurs affranchis, on ne pouvait, sans inconséquence, leur refuser les successions testamentaires, et le sénatus-consulte n'est que le développement naturel de cette idée. — En 469, l'empereur Léon accorda pour la première fois aux communes le droit de recueillir toute espèce de succession testamentaire (*d*).

D'autres corporations (*collegia, corpora*) ne pouvaient pas non plus être instituées héritières : quelques-unes seulement obtenaient ce droit comme privilége individuel (*e*), et jamais aucune disposition législative ne l'a généralisé. Néanmoins, pour ces corporations, de même que pour les communes, il faut admettre qu'elles ont pu recueillir les successions testamentaires de leurs affranchis, dès qu'elles ont été admises à leur succéder ab intestat. — Quand donc nous voyons dans le Digeste une commune ou toute autre corporation instituée héritière à la charge d'acquitter des legs ou de restituer un fidéicommis, il s'agit nécessairement d'un testa-

(*c*) Ulpian., XXII, § 5; L. un., § 1, de libertis univers. (XXXVIII, 3).

(*d*) L. 12, C. de hered. inst. (VI, 24).

(*e*) L. 8, C. de hered. inst. (VI, 24).

ment fait par un affranchi de ces corporations (*f*).

Les dieux, qui en général étaient soumis à la même incapacité, pouvaient aussi en être relevés par un privilége spécial (*g*). Il ne saurait exister sur ce point de disposition législative postérieure à l'établissement du christianisme, puisque les dieux eux-mêmes furent abolis.

C. *Bonorum possessio*. Ici se présente la même difficulté que pour l'institution d'héritier; mais la solution en est plus facile, car l'acquisition de la *bonorum possessio* admet des intermédiaires, par exemple le tuteur sans le concours personnel de son pupille (*h*). Aussi plusieurs textes disent formellement que les communes et les autres

(*f*) Par exemple, L. 66, § 7, de leg. (XXXI, un.); L. 6, § 4; L. 1, § 15, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1). Ce dernier texte confirme d'une manière remarquable le principe que les droits de la corporation n'appartiennent pas aux individus qui la composent; il dit qu'une corporation peut être valablement instituée héritière, à la charge de restituer par fidéicommis la succession à un de ses membres.

(*g*) Ulpian., XXII, § 6.

(*h*) Cette distinction entre *hereditas* et *bonorum possessio* est nettement exprimée dans la L. 65, § 3, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1). Ici encore se présentèrent d'abord les mêmes difficultés que pour l'*hereditas* : c'est ce que dit clairement la L. un., § 1, de libertis univers. (XXXVIII, 3) : « Movet enim, quod consentire « non possunt. » Sur l'interprétation de ces mots, voy. les textes absolument semblables cités § 91, *t*, et § 93, *b*, où on lit : *Universi*... non possunt, mais où l'addition du mot *universi* ne change rien au sens. Voy. plus haut, § 90.

corporations ont capacité pour acquérir la *bonorum possessio* (*i*). D'après cela, on pourrait croire que l'introduction de la *bonorum possessio* a dans la pratique relevé les personnes juridiques de leur incapacité quant à l'institution d'héritier, car il aurait suffi à la personne juridique instituée héritière de reconnaître la *bonorum possessio;* et l'argument dont se sert Ulpien (note *b*) semble favoriser cette opinion. Néanmoins, elle doit être entièrement rejetée. En effet, Ulpien dit en termes absolus : Nec municipia, nec municipes *heredes institui possunt*. Ces expressions ne sauraient se concilier avec l'institution soutenue au moyen de la *bonorum possessio*, d'autant plus qu'Ulpien lui-même parle des successions testamentaires de leurs affranchis, et des fidéicommis, comme moyen d'éluder la prohibition, sans parler de la *bonorum possessio*; silence inexplicable, si la *bonorum possessio* eût été une voie toujours ouverte pour éluder la prohibition. D'ailleurs, la loi de l'empereur Léon n'aurait eu aucun intérêt pour la pratique.

Ainsi donc, Ulpien pose le principe général qui, dans l'origine, suffisait pour repousser toute institution d'héritier. Mais il ne dit pas que ce principe fût l'obstacle unique. Dès lors tous les textes qui reconnaissent aux corporations la *bo-*

(*i*) L. 3, § 4, de bon. poss. (XXXVII, 1).

norum possessio (note *i*) impliquent dans l'esprit de leurs auteurs un droit successif légitimement fondé, et se rapportent nécessairement à la succession ab intestat ou testamentaire d'un affranchi de ces corporations. Par là se concilient les contradictions apparentes des textes, et j'ajoute qu'un des textes qui admet la *bonorum possessio* se rapporte expressément à la succession d'un affranchi (*k*). Depuis la loi de Léon (note *d*), cette restriction cessa d'être applicable aux communes.

D. Legs, y compris les fidéicommis à titre singulier. Pendant longtemps, les personnes juridiques furent incapables de les recevoir, bien qu'il n'y eût pas dans les formes du droit d'obstacle à leur acquisition. — Plus tard, les villes furent autorisées à recevoir des legs (*l*), ensuite

(*k*) L. un., § 1, de libertis univ. (XXXVIII, 3).

(*l*) D'abord par Nerva, et avec plus d'extension par Hadrien. Ulpian., XXIV, § 28; L. 117, 122, pr., de leg. (XXX, un.). On trouve un exemple de cette capacité dans Gaius, II, § 195. Voy. encore L. 32, § 2, de leg. (XXX, un.); L. 77, § 3, de leg. (XXXI, un.); L. 5, pr., de leg. (XXXII, un.); L. 6; L. 21, § 3; L. 24, de ann. leg. (XXXIV, 1); L. 20, § 1, de alim. (XXXIV, 1); L. 6, § 2, de auro (XXXIV, 2). L. 8, de usu leg. (XXXIII, 2); L. 2, de reb. dub. (XXXIV, 5). — Pline dit, il est vrai : nec *præcipere* posse Rempublicam constat (note *b*), et il vivait après Nerva. La manière la plus simple d'interpréter ce texte est de le prendre à la lettre, et d'entendre *præceptionis* legatum, que les villes ne pouvaient recueillir, comme inséparable de l'*institutio heredis* qui leur était refusée. Dirksen,

les colléges et les temples (*m*), et un rescrit spécial conféra cette capacité aux villages (*n*). Dès lors on peut la regarder comme appartenant à toutes les personnes juridiques. — Les textes cités plus haut, et notamment celui d'Ulpien (note *l*), s'expriment en termes si absolus, que l'ancienne prohibition devait frapper les legs de toute nature, et non pas seulement le *vindicationis legatum*. Si néanmoins on voit le peuple romain recueillir des legs, leur validité ne tient pas à la forme employée par le testateur (*per damnationem*), qui aurait pu profiter à d'autres légataires, mais au régime administratif de l'*ærarium*, dont les acquisitions n'étaient pas soumises aux principes rigoureux du droit civil. C'est d'après le même motif que plusieurs rois instituèrent valablement le peuple romain héritier (*o*).

p. 134, rejette, sans motifs, cette interprétation, et ne voit dans le texte de Pline qu'une preuve de l'inexécution de la loi rendue par Nerva.

(*m*) L. 20, de reb. dub. (XXXIV, 5). Sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle, relativement aux colléges autorisés. Application de cette loi aux décurions d'une ville déterminée, L. 23, de ann. leg. (XXXIII, 1), au collége d'un temple ; L. 38, § 6, de leg. (XXXII, un.). — Sur des legs faits à un temple même, voy. L. 20, § 1, de ann. leg. (XXXIII, 1); L. 38, § 2, de auro (XXXIV, 2).

(*n*) L. 73, § 1, de leg. (XXX, un.), rescrit de Marc-Aurèle.

(*o*) Dirksen, p. 135, prétend que les villes purent, en tout temps, recueillir les legs *per damnationem*, et il explique ainsi

E. Fidéicommis. Un sénatus-consulte spécial permit aux villes de recueillir des successions en vertu d'un fidéicommis (*p*). On a vu (§ 88, *a*, et 88, *bb*) des fidéicommis profiter à des colléges de prêtres.

Plusieurs auteurs modernes rapportent cette restriction de la capacité des personnes juridiques au principe général qui, avant Justinien, déclarait toute *incerta persona* incapable de recueillir une succession ou un legs. Mais cette déduction n'est pas fondée. On appelle *incerta* la personne que le testateur n'a pas présente à la pensée comme un individu déterminé, et dont la désignation peut, suivant les circonstances, s'appliquer à des individus très-différents (*q*). Or, l'individualité de la personne juridique est rigoureusement déterminée, parfaitement connue du testateur et à l'abri de tout changement fortuit. Il n'en serait pas de même si un testateur

la validité de plusieurs legs faits à la république romaine; mais il ajoute que quand le peuple romain fut institué héritier de différents rois, ces successions échappaient aux règles du droit civil, et étaient régies par le *jus gentium*. Suivant moi, la position toute spéciale du *populus* (§ 101) explique la validité de ces institutions d'héritier comme celle des legs, sans égard au droit de cité ou à la pérégrinité des testateurs.

(*p*) Ulpian., XXII, § 5; L. un., § 1, de libertis univ. (XXXVIII, 3); L. 26, 27, pr., ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).

(*q*) Si, par exemple, on institue héritiers ou légataires les deux premiers consuls nommés depuis la confection du testament. § 25, J. de legatis (II, 20).

faisait un legs partageable entre tous les citoyens d'une ville qui existeraient à son décès : les légataires seraient alors véritablement des *incertæ personæ*, puisque le testateur ignore quels seront les citoyens de la ville à l'époque de son décès. Mais ce cas se présente difficilement, car si un legs est fait aux *municipes* ou aux *cives* d'une ville, *municipes* se prend pour *municipium* (§ 87 *b*), et *cives* pour *civitas* (*r*). Un texte d'Ulpien a donné lieu à l'opinion que je combats, mais ce texte a été mal compris et ne s'applique pas aux *incertæ personæ* (note *b*).

Les principes que je viens d'exposer sur la capacité des personnes juridiques en matière de succession concernent uniquement celles connues des anciens jurisconsultes. Sous l'empire du christianisme s'établirent des règles nouvelles en faveur des fondations ecclésiastiques, prises dans le sens le plus large (*pia corpora*). Elles furent déclarées habiles à recueillir toute espèce de legs ou de succession, et cette liberté illimitée de tester ne profita pas seulement aux personnes juridiques, mais tous les actes de dernière volonté ayant un caractère de piété furent maintenus sans égard aux règles encore en vigueur sur les *incertæ personæ*. Si donc un testateur fait un legs aux pauvres de sa ville, ce legs profite aux

(*r*) L. 2, de reb. dub. (XXXIV, 5).

pauvres qui existent au moment de son décès. Ces pauvres ne forment évidemment pas de corporation, et sont de véritables *incertæ personæ ;* néanmoins le legs était déclaré valable bien antérieurement aux nouvelles prescriptions de Justinien sur les *incertæ personæ* (*s*). — Le droit canon ne s'est pas borné à confirmer les dispositions favorables des empereurs chrétiens, il leur a donné diverses extensions, et il a beaucoup facilité cette espèce de testaments, en les dispensant de plusieurs formalités légales (*t*). Si les législations modernes, par des raisons politiques ou d'économie politique, ont souvent restreint les acquisitions de mainmorte, ces restrictions n'ont jamais fait partie du droit commun.

§ XCIV. *Personnes juridiques. — Leurs droits.* (Suite.)

VI. Droit criminel et obligations nées d'un délit.

La question de savoir si les personnes juridiques peuvent commettre des délits et encourir des peines a été vivement controversée.

(*s*) L. 1, 26, C. de SS. eccl. (1, 2); L. 24, 49, C de episc. (1, 3).

(*t*) G. L. Böhmer, Princ. j. canon., § 615; Eichhorn, Kirchenrecht, vol. II, p. 765.

Plusieurs soutiennent la négative (*a*), et voici leur argumentation. La personne juridique ne doit son existence fictive qu'à un privilége de l'autorité souveraine; ce privilége ne lui est accordé que pour une fin permise; si donc elle commet un délit, elle cesse d'être personne juridique et ne peut dès lors être punie comme telle.

D'autres soutiennent l'affirmative, en partant de ce principe, que la personne juridique a la capacité absolue de droit et d'action, ce que cette liberté de ses actes n'est dans ce cas enchaînee par aucune restriction (*b*). On reconnaît, il est vrai, que certains délits et certaines peines ne trouvent pas ici d'application; ainsi personne ne songera à accuser une ville d'adultère ou un hôpital de bigamie; de même on ne saurait infliger le bannissement à une commune, ou la prison à un hospice ou à une église. Quant à la peine de

(*a*) Parmi les auteurs modernes, je citerai surtout Zachariæ, l. c., p. 88; Haubold, l. c., C. 4, § 15; Feuerbach, Criminalrecht, § 28, 12e éd.

(*b*) Stieber dans Haubold, Opuscula, vol. II, p. LXXIII; Mühlenbruch, I, § 197; Sintenis, de delictis et pœnis universitatum Servestæ, 1825. Néanmoins, ce dernier n'entend les délits des corporations que relativement aux faits compris dans le cercle de leurs attributions; si, par exemple, une ville a le droit de battre monnaie, et que les deux tiers de son conseil décrètent de la fausse monnaie (p. 28, 32). Cette restriction semble peu conséquente. En effet, si cette majorité des deux tiers peut obliger la ville, pourquoi la ville ne serait-elle pas accusée de vol, si cette majorité avait ordonné un vol au profit de la ville?

mort, on pourrait lui assimiler la dissolution de la personne juridique. — Au reste, on observe avec raison que ces cas d'impossibilité exceptionnelle ne détruisent pas le principe même de l'application des délits et des peines.

Aux partisans de la première opinion, on répond que leur argument prouve trop. En effet, lorsqu'un étranger est autorisé à s'établir dans un État en prêtant serment d'obéissance aux lois, tout délit qu'il commet est contraire à la loi de son admission; cependant il ne perd pas sa personnalité, et bien moins encore cesse-t-il d'être punissable. En pressant cet argument, on pourrait même conclure que jamais une personne juridique ne peut figurer comme défendeur, car toute demande en justice suppose dans la personne du défendeur une violation du droit, qui dans cette hypothèse serait contraire au privilége constitutif de la personne juridique. Néanmoins, cette opinion est la seule fondée, et même l'argumentation que je combats a seulement mêlé un élément d'erreur à la vérité. La vérité de cette opinion repose sur la nature du droit criminel combinée avec les caractères essentiels de la personne juridique.

Le droit criminel considère l'homme naturel, c'est-à-dire un être libre, intelligent et sensible. La personne juridique est dénuée de ce caractère, n'étant qu'un être abstrait habile à posséder,

et que le droit criminel ne saurait atteindre. La réalité de son existence se fonde sur les déterminations d'un certain nombre de représentants, qui, en vertu d'une fiction, sont considérées comme ses déterminations propres. Une semblable représentation, qui exclut la volonté proprement dite, peut avoir ses effets quant au droit civil, jamais quant au droit criminel.

La capacité de la personne juridique d'être actionnée en justice, bien que toute action suppose une violation du droit, n'implique ici aucune contradiction. Cette espèce de violation du droit a une nature purement matérielle. Dans la plupart des cas, et les plus importants, elle n'intéresse pas la conscience. Les actions du droit civil sont destinées à conserver ou à rétablir les véritables limites des rapports individuels de droit; or, les personnes juridiques ayant la capacité de la propriété, ce besoin, cette nécessité existe pour elles comme pour les personnes naturelles. — Il n'y a pas non plus inconséquence, comme on le prétend, à dire que la personne juridique peut souffrir d'un délit et ne peut en commettre elle-même. Dès que la propriété existe, et celle de la personne juridique n'est pas douteuse, elle peut être violée, quel que soit d'ailleurs le propriétaire, un être fictif ou bien un être intelligent et libre. L'action d'injures elle-même appartient à la personne juridique, car ici la personna-

lité est plutôt en jeu que la sensibilité blessée.

Les délits que l'on a coutume d'imputer aux personnes juridiques sont toujours commis par ses membres ou par ses chefs, c'est-à-dire par des personnes naturelles ; et peu importe que l'intérêt de la corporation ait servi de motif ou de but au délit. Si donc un magistrat municipal, par un zèle mal entendu, vole, afin d'enrichir la caisse de la ville, il n'en est pas moins personnellement voleur. Punir la personne juridique comme coupable d'un délit, ce serait violer le grand principe du droit criminel, qui exige l'identité du délinquant et du condamné.

L'erreur de ceux qui croient les délits imputables aux personnes juridiques tient à deux causes. D'abord ils attribuent aux personnes juridiques une capacité absolue de vouloir qu'elles n'ont réellement pas. Cette capacité fictive n'excède pas l'objet de leur institution, qui est de les faire participer au droit des biens (§ 85). Pour cela, la capacité des contrats, de la tradition, etc., est indispensable, mais non la perpétration des délits; car, au contraire, le commerce des biens serait beaucoup plus profitable s'il n'y avait jamais de délits. La fausseté de cette opinion se montre encore mieux sous une autre face. Si les personnes juridiques avaient la capacité absolue du droit et celle de vouloir, elles seraient également capables des rapports de famille; et, par

exemple, une corporation pourrait, en adoptant un hospice, exercer sur celui-ci les droits de la puissance paternelle. Si la chose est impossible, cela vient uniquement de ce que les rapports de famille sont placés en dehors de la sphère pour laquelle a été créée la fiction des personnes juridiques. — Là enfin se trouve l'élément de vérité contenu dans l'argumentation que j'ai réfutée plus haut. La personne juridique, dit-on, ne peut commettre de délit, car elle n'agirait pas alors comme personne juridique. Cela est vrai, non parce que ce mode d'activité est illicite, mais parce qu'il est étranger à l'essence et à la destination spéciale de la personne juridique.

La seconde cause d'erreur vient de ce que l'on confond la personne juridique avec ses membres, confusion contre laquelle le droit romain nous met en garde par tant d'applications particulières (§ 86). L'influence de cette méprise se montre surtout en ce que l'on n'admet pas la capacité des délits pour toutes les personnes juridiques; ainsi on l'admet seulement pour les corporations et non pour les fondations, quoique cette distinction ne soit pas ordinairement exprimée. Néanmoins, si les personnes juridiques peuvent commettre des délits, parce qu'elles ont la capacité absolue de vouloir, les églises et les hospices représentés par leurs chefs ont la même capacité. Cette inconséquence s'expli-

que en ce sens que les actes de la majorité des citoyens d'une ville, ou des membres d'une corporation, passent plus aisément pour les actes de la ville ou de la corporation; en d'autres termes, cette inconséquence tient à la confusion déjà signalée de la corporation et de ses membres.

Une comparaison fera ressortir encore mieux la vérité des principes que j'expose. Les aliénés et les impubères ont, comme les personnes juridiques, la capacité du droit sans la capacité naturelle d'agir, et voilà pourquoi on leur crée une volonté artificielle dans la personne de leurs représentants. Pour les uns et pour les autres, il existe les mêmes motifs de donner à cette volonté fictive une extension illimitée, et dès lors de punir en la personne du pupille les délits de son tuteur, s'il les commet en qualité de tuteur, si, par exemple, il commet un vol ou une fraude dans l'intérêt de son pupille. Dans ce cas, personne que je sache n'a soutenu la possibilité d'un délit par représentant, et néanmoins établir, à cet égard, une distinction entre la personne juridique et le pupille, est une inconséquence évidente.

§ XCV. *Personnes juridiques. — Leurs droits.* (Suite.)

J'ai parlé des crimes et de leurs conséquences en droit criminel. Ce que j'ai dit s'applique entièrement aux obligations nées d'un délit, et voilà pourquoi j'ai différé d'en parler, quand j'ai traité des obligations en général (§ 92). En effet, tout délit véritable implique *dolus* ou *culpa,* par conséquent la volonté et la responsabilité, et, dès lors, il ne peut pas plus être imputé aux personnes juridiques qu'aux impubères ou aux aliénés. — Il n'en est pas de même du *dolus* ou de la *culpa* commise par les représentants de la personne juridique dans un de ses contrats. Alors, il s'agit d'une modification inséparable de l'obligation principale, et la volonté de la personne juridique est aussi indifférente que celle d'une personne naturelle, dont le fondé de pouvoir aurait, dans un contrat, commis un dol ou une faute.

Après avoir établi qu'on ne saurait imputer ni crimes ni délits aux personnes juridiques, j'ajoute que les crimes et les délits de leurs chefs ou de leurs membres peuvent réfléchir contre elles de deux manières différentes, et il semblerait, en voyant ces effets indirects, que les crimes et les délits eux-mêmes sont imputés aux

personnes juridiques. Peut-être la reconnaissance de ces effets contribuera-t-elle à prévenir plus sûrement la reproduction d'opinions erronées sur la question.

D'abord, les corporations ayant un caractère politique, les communes, par exemple, peuvent souffrir un traitement qui ressemble à une peine, quoiqu'il en diffère essentiellement. Ainsi, on conçoit qu'une ville coupable de trahison soit détruite et disparaisse comme corporation, ou qu'elle perde ses priviléges et ses distinctions honorifiques. De même encore à la guerre, on retire quelquefois à un régiment son drapeau, jusqu'à ce qu'il l'ait regagné par sa bonne conduite. Mais ce sont là des actes politiques émanant du souverain, et non d'un juge; ils sont destinés à produire une grande impression sur les coupables et sur les étrangers, et le mal qui en résulte frappe presque toujours des innocents avec les coupables; ce qui n'arrive jamais quand il s'agit d'une peine véritable prononcée par un juge. Ces actes ont plutôt de l'analogie avec l'abolition d'une corporation qui devient contraire à l'intérêt public, et à laquelle le gouvernement retire son autorisation (§ 89); mesure que l'autorité peut prendre sans qu'il y ait eu aucun délit commis.

Ensuite, à côté de l'*obligatio ex delicto*, se place souvent une obligation toute différente,

obligatio ex re, ex eo quod aliquem pervenit, et qui s'applique aux personnes juridiques comme aux impubères. Si donc le chef d'une corporation commet une fraude dans l'exercice de ses fonctions, lui seul est tenu du *dolus;* mais la caisse de la corporation doit restituer la somme dont la fraude l'a enrichie. — Il faut en dire autant des amendes de procédure, qui ne sont pas des peines véritables, mais qui sont comme les frais parties essentielles du mécanisme de la procédure. Les personnes juridiques doivent se soumettre à ces amendes, si elles veulent participer aux bénéfices d'un procès (*a*).

Je passe aux dispositions spéciales du droit positif sur cette matière, que j'ai traitée jusqu'ici d'après les principes généraux sur la nature des personnes juridiques.

Le droit romain confirme pleinement la doctrine que je viens d'exposer. Un texte porte expressément que l'*actio doli* ne peut être intentée à une commune, parce que de sa nature elle est incapable de *dolus;* mais que si elle s'est enrichie par la fraude de ses administrateurs, elle doit restituer la somme dont elle a profité. L'*actio doli* se dirige contre les auteurs de la fraude; ainsi, par exemple, contre les décurions nominativement (*b*). — Le possesseur d'un immeuble

(*a*) Haubold, l. c., p. 604.

(*b*) L. 15, § 1, de dolo (IV, 3). Voy. § 87, *g*.

déposséde violemment, au nom d'une commune, obtient contre elle l'interdit *de vi*, si elle détient tout ou partie de l'immeuble (*c*). — Voici un texte dont les expressions sont moins claires. Celui qui est déterminé par des menaces à faire un acte juridique contre ses intérêts a l'*actio quod metus causa* pour faire annuler cet acte. Maintenant, dans le même livre du commentaire sur l'édit, où Ulpien déclare les corporations incapables de *dolus*, il ajoute : quel que soit l'auteur de la menace, un individu ou bien un *populus*, *curia*, *collegium*; et à l'appui de cette assertion il cite l'exemple suivant : les citoyens de Capoue avaient arraché à un individu une promesse écrite (*cautio pollicitationis*) ; en conséquence celui-ci avait à son choix une action ou une exception contre la ville (*d*). Ici, l'action est évidemment dirigée contre la corporation elle-même ; et cela vient de ce que cette action peut être intentée non-seulement contre l'auteur de la violence, mais contre les tiers en position de réparer le dommage (*e*). Or, la ville de Capoue

(*c*) L. 4, de vi (XLIII, 16) : « Si vi me dejecerit quis nomine « municipum, *in municipes* mihi interdictum reddendum Pom- « ponius ait, *si quid ad eos pervenit*. » J'ai déjà montré que l'expression *municipes* désigne toujours la corporation même, § 87, *b*, *c*.

(*d*) L. 9, § 1, 3, quod metus (IV, 2).

(*e*) L. 9, § 8, quod metus (IV, 2).

était précisément ce tiers; car, en vertu de la *pollicitatio* violemment obtenue, elle avait comme corporation une créance valable *ipso jure*, et l'individu victime de la violence avait besoin d'une exception pour repousser l'action de la ville, et d'une action pour faire prononcer la nullité de sa dette *ipso jure* (*f*). — Le principe n'est posé nulle part d'une manière aussi précise que dans une loi de Majorien : elle défend de jamais condamner l'ensemble de la curie, et elle n'autorise les poursuites que contre les membres coupables (*f*[1]).

Nous voyons, plus d'une fois, dans l'histoire romaine, des villes soumises à un traitement rigoureux. L'exemple le plus remarquable est celui de Capoue, qui abandonna Rome pendant la seconde guerre punique. Lors du rétablissement de la domination romaine, non-seulement les principaux habitants furent exécutés, mais la ville perdit complétement sa constitu-

(*f*) Sur les cas où les promesses donnent lieu à une action, cf. L. 1, 3, 4, 7, de pollicitat. (L. 12). Une promesse faite par contrainte est valable *ipso jure*, et ne peut être annulée que *per exceptionem*. J. de except. (IV, 13).

(*f*[1]) Nov. Majoriani, tit. 7 (dans Hugo, Jus civile antejust., p. 1386, § 11) : « Nunquam curiæ a provinciarum rectoribus « generali condemnatione mulctentur, cum utique hoc et æqui- « tas suadeat et regula juris antiqui, ut noxa tantum caput se- « quatur, ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis af- « fligantur. »

tion municipale (*g*). Ce châtiment, et tous ceux du même genre que l'on pourrait citer, était évidemment un acte politique, et non l'application du droit criminel par le pouvoir judiciaire.

Une loi de l'empereur Frédéric II, dérogeant aux principes du droit romain, ordonne que toute commune, coupable d'exactions envers une église, restituera le triple de leur valeur, et sera mise au ban de l'Église, si ce ban n'est pas révoqué dans l'année qu'elle sera mise au ban impérial (*h*). Cette loi, qui punit une corporation comme criminelle, est certainement une loi erronée.

Le droit canon a varié sur la question qui nous occupe. Le pape Innocent IV, conformément au droit romain, défendit de mettre au ban de l'Église aucune corporation, et ne soumit à cette peine que les membres individuellement coupables (*i*). Par la suite, le pape Boniface VIII s'écarta de ces principes, et, dans un cas spécial de persécution contre les ecclésiastiques, menaça les corporations elles-mêmes d'interdit (*k*).

En Allemagne, plusieurs lois impériales me-

(*g*) Livius, lib. 26, C. 16.
(*h*) Auth. *Item nulla* et *Item quæcunque*. C. de episc. (1, 3).
(*i*) C. 5, de sent. excommunicat., in VI (V, 11).
(*k*) C. 4, de censibus, in VI (III, 20).

nacent aussi les corporations d'amendes pécuniaires et de la perte de leurs libertés ou priviléges (*l*). Mais ces lois ne parlent que des crimes contre la sûreté et le repos de l'Empire, tels que violation de la paix, confédération ou conspiration, et elles mettent sur la même ligne les princes et les villes. Or, ce sont là des mesures politiques que prend l'Empire vis-à-vis de ses membres, bien que, d'après la constitution germanique, ces mesures aient la forme de peines et soient prononcées comme telles par les tribunaux impériaux. Ces lois ne s'expliquent pas sur la question de savoir si les corporations, indépendamment de ces rapports politiques, peuvent encourir des peines.

Enfin, il n'a jamais existé sur ce sujet de pratique uniforme en Allemagne. La plupart des cas particuliers et les plus importants ressemblent plus à des mesures politiques qu'à une application du droit criminel, et confirment ce que je viens de dire sur le coutenu des lois impériales (*m*).

(*l*) Aurea bulla, C. 15, § 4. — Acte de pacification de 1548, tit. 2, tit. 14, tit. 29, § 4. — Ordonnance de la chambre impériale de 1555, II, 10, § 1.

(*m*) Sintenis, p. 60 sq., rapporte les décisions judiciaires.

§ XCVI. *Personnes juridiques. Leur constitution.*

Pour réaliser l'idée de la personne juridique, il fallait créer une représentation qui remédiât d'une manière artificielle à son incapacité d'agir, mais seulement dans le domaine du droit des biens. Cette représentation résulte de l'acte qui la constitue (§ 90). Mais comme toujours les personnes juridiques sont créées pour d'autres fins souvent bien plus importantes que la capacité du droit privé, et qui demandent à être réglées par la constitution, les organes généraux de la personne juridique la représentent en même temps pour les matières du droit privé. — Chez les Romains, ce genre de représentation pouvait en partie s'effectuer encore autrement. Si une personne juridique avait la propriété d'un esclave, celui-ci lui servait à acquérir la propriété et les créances même, d'après les principes rigoureux de l'ancien droit civil (§ 65). Là se bornait cette représentation. Ainsi elle excluait les aliénations et les obligations, et, par conséquent, les contrats les plus importants et les plus nombreux, ceux, comme la vente par exemple, qui consistent à donner et à recevoir réciproquement; elle excluait, en outre, les actes de procédure devant le juge, enfin, la haute direction des affaires, et n'ad-

mettait que l'exécution des détails. Cette représentation avait néanmoins une grande importance : elle permettait aux personnes juridiques d'acquérir directement la propriété au moyen des actes solennels; ce qu'elles n'auraient pu faire autrement.

En présence de l'extrême diversité des personnes juridiques, chercher à déterminer des principes positifs de constitution qui soient applicables à toutes, serait une vaine entreprise. Mais on peut dire, en général, qu'elles sont placées, au même titre que les mineurs, sous la protection et la surveillance de l'État. Pour un grand nombre de personnes juridiques, là s'arrête son influence; car il n'a pas plus d'intérêt à leur existence qu'à celle des personnes naturelles propriétaires. Souvent aussi les personnes juridiques ont pour l'État un intérêt supérieur et immédiat, ou parce qu'elles répondent à des besoins généraux et permanents, ou parce qu'elles font partie intégrante de l'État lui-même : les communes par exemple. Comme dans les temps modernes la centralisation du pouvoir s'est, en général, développée et affermie, cette double influence de l'État sur les personnes juridiques a de nos jours des résultats plus marqués et plus nombreux que chez les Romains (*a*).

(*a*) Eichhorn, Deustches Privatrecht, § 372.

— L'État exerce encore une autre espèce d'action sur les personnes juridiques, une action négative, en réprimant les corporations nuisibles ou dangereuses. Cette répression était même en droit romain plus énergique et plus étendue qu'à présent, et j'ai donné (§ 88) quelques détails historiques sur la législation romaine en cette matière.

Après ces considérations générales, je passe aux prescriptions du droit romain sur la constitution des personnes juridiques. Les jurisconsultes romains avaient un esprit trop pratique pour poser des règles générales qui, vu la grande diversité des personnes juridiques, auraient eu une application fort restreinte. Tout ce que nous trouvons là-dessus dans leurs écrits se rapporte, non à toutes les personnes juridiques, non pas même à toutes les corporations, mais aux communes seules, c'est-à-dire aux municipes et aux colonies d'Italie, et plus tard aux villes des provinces. Les villes italiennes avaient, du temps de la république, une constitution très-ressemblante à celle de Rome; là, comme à Rome, le pouvoir suprême se partageait entre l'assemblée du peuple, le sénat et les diverses magistratures. Sous les empereurs, le peuple perdit bientôt tout pouvoir, et la souveraineté se concentra aux mains du sénat (*ordo* ou *curia*), dont les magistrats étaient regardés comme partie inté-

grante (*b*). Dès lors la condition des villes en Italie et dans les provinces devint tous les jours plus semblable. Cette organisation existait déjà au temps des jurisconsultes classiques, et c'est celle que nous retrouvons dans la législation de Justinien. — Voici ses principales bases. L'*ordo* est le seul dépositaire de l'autorité publique; mais la présence des deux tiers de ses membres est nécessaire à la validité de ses délibérations. Ces deux tiers des membres représentent l'*ordo* tout entier, et l'on ne doit pas en exiger un plus grand nombre, encore bien moins la totalité; car l'empêchement de plusieurs décurions entraverait l'expédition des affaires. Si les deux tiers des membres ne sont pas présents, ils n'agissent pas comme *ordo* et ne peuvent rendre de décrets valables (*c*). Dans les assemblées ré-

(*b*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. I, § 8, 87.

(*c*) L. 2, 3, de decretis ab ordine faciendis (L. 9) : « Illa decreta, quæ *non legitimo numero decurionum coacto* facta sunt, non valent. » — « Lege autem municipali cavetur, *ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis*. » — L. 46, C. de decur. (X, 31) (c'est-à-dire L. 142, C. Th. de decur., XII, 1 : « ... ne paucorum absentia... debilitet *quod a majore parte ordinis* salubriter fuerit constitutum : « cum *duæ partes ordinis* in urbe positæ, *totius curiæ instar* exhibeant. » Ces derniers mots prouvent clairement que les deux tiers des membres sont considérés comme *toute* la curie, *tout* l'ordre.

gulières de l'*ordo*, les déterminations se prennent à la majorité des membres présents (*d*). Cette règle, que les textes cités posent en termes généraux pour les affaires publiques de la ville, s'applique spécialement à la nomination d'un *actor* chargé de représenter la ville en justice. Dans ce cas, il faut également la présence des deux tiers des décurions, et la nomination se fait à la majorité des membres présents (*e*).

(*d*) L. 46, C. de decur. (note *b*): « *A majore parte* ordinis. » L. 19, ad municip. (L. 1): « Quod*major pars curiæ* effecit, « pro eo habetur, ac si omnes egerint. » D'après le texte cité note *b*, on appelle *curia* l'assemblée composée des deux tiers des membres). — L. 2, 3, C. de præd. decur. (X, 33): « totius « *vel majoris partis* intercedente decreto, » — « curialium *vel* « *majoris partis curiæ.* » L. 19, pr., de tutor. et curat. (XXVI, 5): « Ubi absunt hi qui tutores dare possunt, decuriones juben- « tur dare tutores: *dummodo major pars conveniat*, etc. » Le mot *conveniat* est équivoque. Pris au propre (s'assembler), il serait en contradiction avec le texte cité note *b*, qui exige la présence des deux tiers des membres; aussi doit-on le prendre au figuré (s'accorder), et alors il exprime que la décision doit être prise à la majorité des voix.

(*e*) L. 3, 4, quod cuj. un. (III, 4): « ... nisi... *ordo* dedit, « cum *duæ partes adessent*, aut amplius quam duæ. » Ici encore la curie agit valablement, si les deux tiers de ses membres sont présents. Un auteur moderne comprend ainsi la loi qui ordonne la présence des deux tiers des membres de la curie : il pense que les décisions doivent être prises à la majorité, non des membres présents, mais de tous les membres; de sorte que la présence exigée des deux tiers de la curie n'eût été qu'une gêne inutile (Lotz, p. 115-120). Cette opinion est réfutée par les expressions des textes que j'ai cités plus haut; d'ailleurs, les af-

§ XCVII. *Personnes juridiques. — Leur constitution.* (Suite.)

Sur la constitution des corporations, non des personnes juridiques en général, les auteurs modernes posent les principes suivants :

La corporation se compose de la totalité des membres existant à une époque donnée. La volonté non-seulement de tous les membres, mais de la majorité, exprime la volonté de la corporation, et dès lors est le sujet véritable des droits de la corporation. Cette règle, fondée sur le droit naturel, car exiger l'unanimité serait entraver les actes et les volontés de la corporation, cette règle est conservée par le droit romain, et on le prouve en citant les textes relatifs aux délibérations des décurions (*a*).

Ce principe général, conforme au droit naturel et reconnu en droit romain, est, dit-on, modifié pour les besoins de la pratique par une disposition spéciale de la loi romaine. Elle

faires courantes de l'administration dont s'occupait la curie exigeaient une décision; et une majorité autre que celle des membres présents serait chose aussi peu naturelle, aussi peu concevable, que dans un tribunal des temps modernes.

(*a*) Zachariæ, p. 63, 64; Thibaut, p. 389, 390, et Pandectenrecht, § 132; Haubold, C. 3, § 2. — J'ai déjà cité (§ 92, *o*) une application particulière de ce principe au serment judiciaire.

n'exige pas la majorité de tous les membres de la corporation, mais la majorité des membres présents à une assemblée régulièrement convoquée, pourvu néanmoins que les deux tiers des membres y assistent (*b*).

Dans l'examen de cette doctrine, je commencerai par la partie à laquelle il faut reconnaître une vérité relative, je veux dire la puissance de la majorité. Dans une assemblée délibérante, l'unanimité n'est pas impossible à obtenir, car elle est exigée pour les décisions du jury en Angleterre; mais elle est si difficile à obtenir et tient à tant de circonstances accidentelles, qu'une semblable condition entraverait les mouvements et la vie de l'assemblée; aussi a-t-on trouvé bon de considérer la volonté du plus grand nombre comme la volonté de tous. Mais le principe une fois admis, rien de plus naturel que d'attribuer ce droit à la majorité simple, c'est-à-dire à la moitié des voix plus une; toute autre proportion, celle, par exemple, des trois quarts ou des six septièmes, a un caractère tellement arbitraire, qu'il aurait fallu une loi positive pour la faire adopter généralement. C'est ainsi que le droit romain envisage la chose, car il établit la prédominance de la majorité, non-seulement pour les assemblées des décurions

(*b*) Thibaut, Pandectenrecht, § 131; Mühlenbruch, § 197.

(§ 96), mais pour celles des *provinciales* (*c*); il y a même un texte qui semble poser ce principe d'une manière absolue, bien que, dans l'ouvrage original d'où ce fragment est tiré, l'auteur n'eût peut-être en vue qu'une application particulière (*d*).

Mais je ne puis accorder à cette doctrine que ce degré de vérité partielle, et cela ne prouve rien quant à sa vérité générale. En effet, on doit nier l'omnipotence attribuée à la totalité des membres de la corporation, et à la majorité comme leur représentant naturel. Il peut sembler extraordinaire de refuser à la totalité ce que l'on accorde en partie à la majorité; néanmoins cette distinction est fondée en raison, et n'est nullement inconséquente. Si l'on admet l'autorité des décisions que prend la majorité, c'est que l'on reconnaît à l'assemblée elle-même le droit de prendre ces décisions. Or, que tous les membres réunis d'une corporation aient un pouvoir illimité, pour statuer sur ses intérêts, voilà précisément ce que je conteste.

(*c*) L. 5, C. de legation. (X, 63). On trouve d'autres applications semblables du système de la majorité. L. 3, C. de vend. reb. civ. (XI, 31) (voy. § 100, *h*), et Nov. 120, C. 6, § 1, 2.

(*d*) L. 160, § 1, de R. J. (L. 17): « Refertur ad universos, « quod publice fit per majorem partem. » Cf. Haubold, p. 563.

Les partisans de cette doctrine opposent la majorité à l'unanimité, comme si nous étions obligés de choisir entre ces deux alternatives, comme si la question n'en présentait pas d'autres et bien plus importantes. La base fondamentale de cette doctrine est la confusion toujours reproduite des membres réunis de la corporation avec la corporation elle-même ; confusion contre laquelle le droit romain nous met si souvent en garde, quand il détermine le sujet véritable des droits de la corporation (§ 86), le sujet véritable des actes de la corporation (§ 90, § 91, *t*, § 93, *b*, *h*). Enfin, ce système suppose gratuitement que la constitution de toutes les corporations est fondée sur la démocratie pure. C'est la doctrine de la souveraineté du peuple, transportée du droit public au droit privé, et appliquée aux personnes juridiques.

Voici maintenant les points essentiels que l'on néglige, par le seul fait de poser la question entre la majorité et l'unanimité.

On a vu (§ 86) qu'il y a différentes espèces de corporations. Plusieurs, créées dans un but indépendant de leur personnalité en droit privé (§ 96), ont une constitution artificielle, et renferment dans leur sein divers organes de l'autorité publique. Si donc on attribue un pouvoir illimité à la totalité des membres, opposés à ces organes du gouvernement établis par la consti-

tution, il faut ne tenir aucun compte de ces derniers, ou les considérer comme des agents secondaires de l'administration courante; suppositions également gratuites et que rien ne justifie. Afin de rendre la chose sensible, je citerai comme exemple une espèce de corporation très-nombreuse et très-importante. Il existe dans toutes les villes de l'Allemagne une constitution municipale, dont l'origine est fort ancienne, et qui partage le pouvoir entre un bourgmestre, un sénat et une représentation des bourgeois, différemment organisée selon les différents lieux. Les partisans de l'opinion que je combats doivent admettre que, dans les villes d'Allemagne, le bourgmestre, le sénat et la représentation des bourgeois ont des pouvoirs administratifs restreints, et subordonnés au pouvoir suprême de la totalité des bourgeois. Dans un pareil système, la question de savoir si les délibérations des bourgeois doivent être prises à l'unanimité ou à la majorité n'offre qu'un intérêt secondaire. Pour donner à cette doctrine quelque consistance et quelque probabilité, on aurait dû excepter les corporations ayant une constitution artificielle, et ne l'appliquer qu'aux autres corporations. On avait pour cette distinction des expressions techniques toutes prêtes, celles d'*universitas ordinata* et *inordinata* (§ 86); mais, négligeant de s'en servir, on a posé le principe

de l'omnipotence des membres pour toutes les corporations. — Cette application d'un principe erroné ne pouvait guère s'attaquer à la vie réelle et corrompre la pratique, parce que les corporations constituées trouveraient naturellement dans leur propre vie une force de résistance efficace. Mais il est d'autres applications que l'opinion seule des tribunaux, placés sous l'influence d'une fausse théorie, suffit pour traduire en faits.

Un autre point dont cette doctrine ne tient pas le moindre compte, c'est la distinction entre les membres en général, et les membres appartenant à différentes classes, reconnues par la constitution et jouissant de droits particuliers. Dans les communes rurales d'une grande partie de l'Allemagne, on trouve des paysans, des demi-paysans, et à côté des paysans de plus petits propriétaires et de simples domiciliés. Ces distinctions importantes, et qui doivent naturellement influer sur l'expression des volontés de la corporation, disparaissent dès que l'on attribue à tous les membres une existence purement numérique, qui entraîne l'égalité absolue des individus.

Enfin, un troisième point que néglige cette doctrine est de distinguer la totalité des membres d'une corporation existant à une époque donnée, et la corporation qui persiste toujours

la même, malgré le changement des individus (§ 86). Ici, nous touchons à une matière vivement controversée en droit public comme en droit privé, et qui a donné lieu à des opinions exagérées de part et d'autre. La génération présente a ses prétentions légitimes; il ne faut pas qu'elle soit invinciblement enchaînée aux volontés du passé, ou sacrifiée aux intérêts de l'avenir; mais elle doit exercer avec sagesse et modération son empire passager sur des biens et des institutions durables, et ne pas tarir les ressources des générations futures par des vues étroites et égoïstes. L'opinion que je réfute accorde à la génération présente un pouvoir illimité, sans aucun égard pour l'avenir. Si nous cherchons à apprécier les conséquences possibles et probables de cette doctrine, relativement au dernier point que je viens d'examiner, elles nous apparaîtront comme plus ou moins dangereuses, suivant les circonstances. Plus dangereuses que partout ailleurs, s'il s'agit des communes, à cause de la place qu'elles occupent dans l'État; moins dangereuses, parce que l'intérêt de leur propre postérité, qui est presque toujours en jeu dans les affaires de la commune, empêchera souvent les membres de prendre des déterminations préjudiciables à la commune : garantie qui n'existe pas au même degré pour les corporations industrielles.

Jusqu'ici j'ai parlé de l'omnipotence prétendue des membres de la corporation ; la doctrine que je combats renferme encore une autre erreur, moins pernicieuse, il est vrai, et qui consiste à exiger pour la validité des délibérations de la corporation la présence des deux tiers de tous ses membres. Toujours on invoque les textes de droit romain cités plus haut (§ 96, *c*, *e*), sans réfléchir que ces textes sont doublement inapplicables à la question. D'abord, ils ne parlent pas des corporations en général, mais seulement des communes. Ensuite, et cela est beaucoup plus important, il ne s'agit pas des deux tiers des membres de la corporation, mais des décurions, c'est-à-dire d'une assemblée représentative au sein d'une *universitas ordinata*, tandis que tous les propriétaires d'immeubles dans le territoire de la ville (*possessores*) étaient réellement membres de la corporation (*e*). — Ici encore, il eût fallu excepter de ces prétendues règles l'*universitas ordinata*, et de fait la pratique s'est défendue par elle-même contre cette fausse théorie. Ainsi, quoique tous les auteurs regardent la présence des deux tiers des membres comme obligatoire pour toutes les corpo-

(*e*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. I, § 21. — Des auteurs modernes ont reconnu et réfuté la première de ces méprises, mais ils ne parlent pas de la seconde, quoique plus importante. Lotz, p. 119; Kori, p. 3-5.

rations, dans les villes d'Allemagne, cette loi ne s'observe ni pour la représentation des bourgeois, ni pour le sénat de la ville, bien que ce fût le cas d'appliquer par analogie les vrais principes du droit romain. Si l'on cherche à déterminer rigoureusement ce qui s'est conservé dans la pratique de la règle des deux tiers des membres, on voit qu'elle s'applique uniquement à la nomination d'un procureur par les communes rurales, communes dont l'organisation a toujours été très-imparfaite, et qui appartiennent aux *universitates inordinatæ*. Les deux tiers des membres doivent donc être présents pour la nomination d'un procureur par les communes rurales, et cette opération s'appelle ordinairement constitution d'un syndicat (*f*), phraséo-

(*f*) Pour la création d'un syndicat, la plupart des auteurs modernes exigent la présence des deux tiers des membres, s'il s'agit d'une *universitas inordinata* (un village, une corporation d'artisans); mais s'il s'agit d'une *universitas ordinata* (une ville, une université), ses chefs ont seuls droit de nommer un procureur pour la représenter en justice. Glück, vol. V, § 413; Martin, Procesz, § 78, IIe éd. Cette théorie peut être bonne comme expression de la pratique moderne, mais non comme conforme au droit romain; car la curie, la seule pour qui le droit romain exige le concours des deux tiers de ses membres, appartenait à une *universitas ordinata*. — Struben, Bedenken, I, Num. 80, dit que la création d'un syndicat est la seule opération pour laquelle il faille la présence des deux tiers des membres; en droit romain, cela est évidemment inexact. — Les Romains appelaient *syndicus* celui à qui une ville donnait une procura-

logie qui s'éloigne de la véritable phraséologie romaine.

§ XCVIII. *Personnes juridiques. — Constitution.* (Suite.)

Je vais tracer le cercle dans lequel se déploie l'activité des personnes juridiques, et cela fera ressortir encore mieux l'influence des théories opposées sur la constitution. Cette activité peut avoir pour objet l'administration des affaires courantes, ou des actes propres à modifier la condition de la personne juridique ou ses biens. Mais ces deux classes de faits ne sont pas profondément distinctes, et elles ont entre elles plusieurs points de contact.

Quant aux affaires courantes de l'administration, comme leur importance est secondaire, qu'elles exigent impérieusement une solution, et qu'elles se représentent souvent, elles sont presque toujours réglées d'après des formes établies par la loi ou par l'usage; et dès lors l'influence des théories se trouve diminuée, sinon tout à fait exclue (*a*). Parmi ces affaires d'admi-

tion générale pour soutenir ses procès; s'il n'était chargé que d'une seule affaire, on l'appelait *actor*.

(*a*) Kori, p. 23-25, observe avec raison que, pour les affaires qui demandent une prompte expédition, il n'est pas toujours possible d'avoir la majorité absolue, et qu'alors on se contente d'une majorité relative.

nistration, je citerai d'abord les dépenses et les recettes ordinaires, le renouvellement des baux des immeubles, la nomination des chefs et des employés. On pourrait y ajouter encore la réception des nouveaux membres (*b*) et les poursuites judiciaires. Néanmoins, les affaires litigieuses peuvent, suivant les circonstances, être très-difficiles et très-délicates; aussi les lois modernes défendent souvent aux communes rurales d'intenter un procès sans l'autorisation du gouvernement (§ 100).

Il n'en est pas de même des mesures qui touchent à des intérêts permanents; car elles peuvent empirer l'état de la corporation, et même compromettre son existence. Les actes de cette nature ne sont ni indispensables ni périodiques; ils se présentent rarement, peut-être même une seule fois; aussi n'y a-t-il ni loi ni coutume pour leur servir de règle. Tous ces motifs réunis donnent, en pareille matière, une grande influence à une théorie dominante, influence dont les résultats sont importants et sérieux. Voici les principaux cas de ce genre :

1° Création de nouveaux statuts, qui peut avoir l'action la plus dangereuse sur la prospé-

(*b*) Je ne parle pas du congé à donner aux membres de la corporation; car en principe chacun est libre de se retirer, toutefois après avoir satisfait à certaines charges de la communauté.

rité et l'existence de la corporation, aussi bien que sur les droits et la sécurité de ses membres pris individuellement.

2° Il faut en dire autant des contributions que la corporation impose à ses membres, et qui font partie de sa législation intérieure.

3° Dissolution de la corporation. On a vu (§ 89) qu'elle ne peut s'effectuer sans le consentement de l'État. Mais ce principe est indépendant de la question de savoir à qui il appartient de provoquer la dissolution et de réclamer le consentement de l'État. — Ce cas paraît avoir la plus haute importance, et c'est en réalité celui qui en a le le moins. D'abord, il ne se présente jamais pour les communes, mais bien pour les corporations volontaires et surtout les associations d'artisans qui ont obtenu le droit de corporation (§ 88); et alors il est rare que ce cas n'ait pas été prévu dans l'acte même de leur constitution.

4° Changements dans la substance des biens de la corporation. Quelquefois ces actes rentrent dans l'administration courante : si, par exemple, il est fait remploi d'un capital appartenant à la corporation; si une somme tirée de sa caisse est placée à intérêt ou consacrée à l'achat d'un immeuble. Mais il est d'autres opérations d'une nature plus délicate, et d'autant plus importantes qu'elles se représentent fréquemment.

A. Aliénation totale d'un bien par donation. Cette libéralité, très-rare envers des étrangers, se conçoit lorsque les membres eux-mêmes se partagent un immeuble ou un capital de la corporation. Cet acte est une donation véritable; mais son caractère est aisément méconnu, par suite de l'opinion erronée qui attribue aux membres de la corporation la propriété de ses biens.

B. Abandon d'un bien, d'un bois ou d'une prairie, par exemple, dont auparavant la corporation avait la propriété, et dont les particuliers avaient la jouissance (§ 91). Ce cas rentre jusqu'à un certain point dans celui qui précède; car il y a toujours aliénation de propriété, bien que la propriété aliénée soit d'une très-faible valeur. La perte que souffre la corporation étant peu apparente, ce cas n'a pas attiré l'attention; néanmoins, c'est celui qui se représente le plus souvent, et qui a le plus d'importance pratique. — Le véritable état de la question a été quelquefois obscurci par des idées fausses et des considérations étrangères au sujet. Ainsi, on a attaché une grande valeur à ce fait, que parfois la corporation retirait un avantage de l'immeuble aliéné, si, par exemple, ceux qui jouissaient de la pâture commune payaient une légère redevance à la caisse de la corporation (c).

(c) Kori, p. 15.

Mais cette circonstance est de peu d'intérêt ; car il serait facile de réparer cette perte, en établissant une rente foncière sur l'immeuble partagé. — Ce n'est pas non plus un argument décisif de dire qu'une propriété dont la corporation ne tire pas de revenu est un vain nom sans aucune réalité (*d*). En effet, une propriété aujourd'hui improductive peut assurer le bien-être de la génération suivante, et cela intéresse la corporation, car elle ne meurt pas ; tandis que l'immeuble une fois partagé entre les membres actuels, leur incurie peut en dissiper la valeur. Si, par exemple, il s'agit de la propriété d'une forêt, la corporation l'administrera mieux que les particuliers, et les générations suivantes trouveront du bois là où par suite du partage elles trouveraient sans doute un sol nu et stérile pendant de longues années.

C. Simple jouissance cédée par la corporation à ses membres individuels (§ 91). Quoique la propriété demeure à la corporation, ce changement a son importance et ses dangers, non-seulement à cause du revenu sacrifié, mais parce

(*d*) Kori, p. 17, 18. Il pense néanmoins que, même dans ce cas, la propriété de la corporation, reposant sur une loi positive, doit être respectée, et il distingue si la corporation en retirait ou non un avantage pécuniaire ; et, pour partager le bien aux différents membres, il exige, dans le premier cas, l'unanimité des suffrages ; dans le second cas, la majorité. Cette distinction ne me semble nullement fondée.

qu'il mène facilement à l'aliénation de la propriété elle-même, comme je l'ai déjà observé (B).

D. Jouissance appartenant aux particuliers et transportée à la corporation. — Ce changement ne peut que profiter à la corporation; mais il préjudicie aux particuliers qui perdent leur jouissance.

E. Dette contractée par suite d'un emprunt. Dans ce contrat, la corporation reçoit un capital en échange de son obligation; mais comme le capital peut être aisément dissipé sans laisser de traces, et que la dette subsiste infailliblement, l'emprunt doit être rangé parmi les causes éventuelles de diminution des biens.

§ XCIX. *Personnes juridiques. — Constitution.* (Suite.)

Après avoir énuméré les principaux cas (§ 98) où la théorie examinée plus haut (§ 97) trouve son application, il me reste à faire cette application même et à en apprécier les résultats.

Mais j'observerai d'abord que chez les auteurs modernes cette théorie admet différents degrés de rigueur. Quelques-uns reconnaissent l'omnipotence de la majorité en toute espèce de matières; ils ne font d'exception à ce principe qu'au nom de l'intérêt public, si une décision de la majorité devait entraîner la ruine d'une com-

mune (*a*). D'autres n'adoptent le principe qu'avec deux adoucissements notables; pour la plupart des cas énumérés au § 98, ils exigent l'unanimité au lieu de la majorité, et ils tiennent compte de l'inégalité des droits qui peut exister entre les votants (§ 97), ce qui établit différentes classes de membres (*b*). Le système ainsi amendé, les conséquences les plus graves se trouvent en partie écartées; néanmoins, il laisse encore subsister plusieurs erreurs.

I. On ne tient aucun compte de la nature propre de l'*universitas ordinata*, à laquelle l'omnipotence de la majorité des membres n'est nullement applicable (§ 97). — Néanmoins, cette discussion intéresse plus la théorie que la pratique, car les partisans de cette doctrine, malgré la généralité de leurs expressions, n'ont réellement en vue que les *universitates inordinatæ,* nommément les communes rurales, et je ne connais aucun auteur qui ait prétendu étendre aux villes ce principe sans aucun égard à leur constitution particulière.

II. On attribue aux deux tiers des membres

(*a*) Thibaut, p. 395, 397; Pandekten, § 132. Il repousse, p. 397, le principe de l'inégalité des droits entre les membres de la corporation; s'il s'agit de partager un bien de la communauté, et qu'on ne puisse pas s'entendre sur la proportion à établir, le partage doit, suivant lui, se faire également et par tête.

(*b*) Haubold, C. 4, § 4, sq.; Kori, p. 11-20, p. 26.

assemblés les droits et les pouvoirs de toute la corporation (§ 97). — Quoique cette règle, ainsi étendue, soit complétement inadmissible (*c*), elle n'a pas une grande importance pratique. En effet, dans toutes les affaires vraiment capitales, des opinions contraires se sont déjà prononcées, et lorsque l'assemblée de la corporation est appelée à délibérer sur des intérêts aussi graves, il est aisé de réunir la totalité des membres, ce qui prévient l'influence fâcheuse de cette erreur.

III. Reste enfin l'erreur fondamentale de cette doctrine, qui consiste à identifier avec la corporation la totalité des membres existants à une époque, et à leur attribuer la plénitude de ses droits : erreur encore aggravée par l'admission de la simple majorité, mais atténuée par l'opinion des auteurs, qui dans plusieurs cas exigent l'unanimité.

Du point de vue auquel m'ont placé ces con-

(*c*) J'ai montré, § 97, que chez les Romains la règle des deux tiers n'avait jamais été appliquée aux membres d'une corporation dans leur totalité, mais seulement aux membres des sénats des villes, aux décurions. L'extension de cette règle, par voie d'analogie, ne serait pas non plus raisonnable; car elle avait pour objet de faciliter aux décurions l'expédition des affaires courantes : mais quand il s'agit d'aliénation de propriété, ou d'autres affaires qui n'ont rien d'indispensable (§ 98), la facilité effectuée par l'établissement de cette règle n'est ni utile ni désirable.

sidérations générales, je vais examiner successivement les actes qui ne rentrent pas dans l'administration courante, tels que je les ai exposés au § 98.

1° Nouveaux statuts.

2° Contributions.

Dans ces deux cas, l'omnipotence attribuée à la majorité a les conséquences les plus graves; car elle laisse sans aucune défense, contre l'arbitraire et l'injustice, les individus ou les classes entières appartenant à la minorité. L'unanimité offre moins d'inconvénients, et d'après la nature même des choses une mesure qu'elle adopte peut difficilement faire un mal irréparable à la corporation. D'ailleurs, l'État n'est pas ici sans intérêts; car l'élévation des charges communales et le mode de leur établissement peuvent nuire aux impôts du gouvernement. Aussi l'État doit toujours exercer sur les délibérations des communes une surveillance qui suffit pour prévenir toutes les mesures capables de compromettre l'avenir de la corporation.

3° La corporation ne peut être dissoute sans le consentement de l'État; mais on ne conçoit pas que la majorité soit en droit de demander cette dissolution, car la minorité pourrait continuer la corporation en laissant à la majorité la faculté de se retirer. Si la majorité persiste à demander une dissolution générale, c'est que

probablement elle veut partager les biens de la corporation ; alors ce cas rentre dans celui dont je vais m'occuper tout à l'heure, et doit être décidé par les mêmes motifs. — Quand la corporation veut sa dissolution à l'unanimité, le consentement de l'État est encore nécessaire ; car cette dissolution peut préjudicier à des tiers, aux créanciers, par exemple. Mais, ce consentement une fois obtenu, rien ne s'oppose plus à la dissolution ; car la corporation n'a pas de postérité dont les droits soient compromis par cette mesure.

4° Changement dans la substance des biens de la corporation. Ce cas est le plus grave de tous ; car la perte, s'il y en a une, est irréparable, et l'intérêt privé des individus trouve sans défense les intérêts de la corporation.

Ici l'on voit tout d'abord combien d'injustices peut entraîner l'omnipotence de la majorité. Sans doute le tempérament, admis par Thibaut, que l'intérêt de l'État s'oppose à la ruine des communes, remédiera au mal dans un grand nombre de cas. Mais il y a des dommages qui ne sont pas une ruine, et les communes ne sont pas les seules corporations. Un exemple rendra la chose sensible : je suppose qu'un artisan d'une ville d'Allemagne aille s'établir dans l'Inde, y fasse une grande fortune, et laisse en mourant un capital considérable à la corpora-

tion dont il était membre. Si la corporation se compose de quinze maîtres, les huit formant la majorité peuvent, selon la doctrine de Thibaut, partager ce capital et exclure les sept autres. La restriction mise par Thibaut ne sera d'aucun effet; car, par rapport aux corporations d'artisans, l'intérêt de l'État se borne à ce que le métier soit exercé convenablement et loyalement, et cela n'a rien de commun avec l'acquisition accidentelle d'un capital. Mais ici comme ailleurs l'État, protecteur né de tous les droits, doit empêcher l'injustice. — Le système qui exige l'unanimité ne prévient le mal qu'en partie. La majorité n'exclura plus du partage la minorité; mais la corporation elle-même est dépouillée par l'universalité de ses membres (*d*). La comparaison de la corporation à un pupille, dont je me suis déjà servi (§ 90), mettra en évidence la réalité des choses. Si un pupille a trois tuteurs, deux d'entre eux ne peuvent se partager ses biens à l'exclusion du troisième; mais quand ce dernier figurerait au partage, le pupille n'en serait pas moins dépouillé injustement.

Le cas où la jouissance des particuliers est

(*d*) Cela ressort parfaitement dans le cas où, une épidémie ayant enlevé tous les maîtres d'une corporation d'ouvriers, excepté un, ce membre survivant veut se faire attribuer les biens de la corporation (§ 89, *b*). Là il y a certainement unanimité.

transportée à la communauté mérite une attention particulière. Ici encore l'autorité de la majorité ne saurait être admise; car jamais une corporation, quels que soient ses représentants, ne doit disposer de la jouissance des particuliers (*e*). Mais une décision prise à l'unanimité serait parfaitement régulière, car chacun aurait disposé de sa jouissance personnelle.

§ C. *Personnes juridiques.* — *Constitution.* (Suite.)

De tout ce qui précède il semblerait résulter que jamais aucun changement ne devrait être apporté à la substance des biens d'une corporation. Néanmoins il y a des cas où ce changement est convenable et utile, quelquefois même indispensable : comment résoudre cette difficulté?

L'administration des biens des pupilles est exercée par des tuteurs offrant des garanties; et quand il s'agit d'actes importants, le nouveau droit romain, et plus encore le droit actuel de la plupart des États, exige en outre un contrôle spécial; enfin, le pupille, après quelques années, devient capable d'agir, et reçoit lui-même les comptes de ses tuteurs. — Les corporations se distinguent des pupilles en ce que leur inca-

(*e*) Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 372, 373

pacité est perpétuelle, et surtout en ce que la substance de leurs biens ne peut être modifiée, sans qu'elles se trouvent en collision avec l'intérêt personnel de leurs représentants (*a*), collision qui existe rarement entre le pupille et son tuteur, et qui donne lieu à la nomination d'un représentant spécial (*b*).

De ce parallèle il résulte que, pour les actes dont je viens de parler, les corporations doivent recourir à cette haute tutelle exercée par l'État, toutes les fois que le besoin s'en fait sentir. Alors l'État intervient non-seulement pour veiller à ses propres intérêts, et ils sont intimement liés à ceux des corporations les plus importantes, mais en vertu d'un droit qu'il exerce également sur tous (§ 96).

De nos jours on a beaucoup écrit et beaucoup discuté, tant en Allemagne qu'en France (*c*), sur

(*a*) Cela se voit quand il s'agit de partager les biens de la corporation entre ses différents membres, surtout dans un village où ceux qui décident le partage sont les parties prenantes, et aussi, bien qu'à un moindre degré, dans une *universitas ordinata*, par exemple, une ville. En effet, les membres du conseil municipal qui ordonnent le partage font partie de la communauté, et ne sont pas aussi désintéressés que le tuteur administrant pour son pupille.

(*b*) § 3, J. de auctor. tut. (I, 21).

(*c*) Les ouvrages les plus remarquables qui aient été écrits en France sur cette matière sont : Fiévée, Correspondance politique et administrative, lettre première (traduite en allemand

l'intervention de l'État dans les affaires des corporations, et la question a été envisagée plutôt comme une question de droit public que de droit privé. Mais les adversaires de cette intervention ne sont nullement d'accord sur les résultats de leur système. Les uns lui donnent un sens plus positif, les autres plus négatif; ainsi les uns accordent aux représentants ordinaires des corporations une liberté d'action illimitée, les autres n'admettent aucun changement possible à la substance de leurs biens. Appliquées rigoureusement, ces deux opinions, qui sont évidemment dictées par l'intérêt des corporations, peuvent leur devenir également funestes.

Tout juge impartial reconnaitra qu'une surveillance exagérée de l'État a eu pour les corporations, et surtout pour les communes, de nombreux inconvénients. Ainsi les fonctionnaires publics, tantôt par esprit de fiscalité, tantôt par un désir immodéré de domination, ont entravé une foule d'affaires courantes qu'il eût mieux valu abandonner exclusivement à l'administration communale, tout en se réservant une haute surveillance peu sensible dans son application. De semblables abus ne prouvent rien contre la vérité du principe; ce ne sont pas

par Schlosser, Francfort, 1816), et le discours sur la loi communale, prononcé par Martignac à la chambre des députés.

des règles qu'il faut leur opposer, mais la sagesse et le bon esprit des fonctionnaires. Si ces derniers comprennent leurs devoirs, l'intervention de l'État, dans les affaires importantes, sera toujours un bienfait pour les corporations; sa surveillance protégera les intérêts de l'avenir et ceux des individus qu'une majorité injuste pourrait compromettre; elle embrassera toutes les communes, même les villes (*d*); mais elle se fera surtout sentir aux communes rurales dont l'organisation est imparfaite, et où l'intérêt de la corporation se trouve en collision directe avec celui des particuliers.

De tous les cas énumérés plus haut, et où l'intervention de l'État peut être désirable, il n'en est pas qui se représente plus constamment et soit plus important que le partage des biens communaux, c'est-à-dire le partage, entre les membres de la corporation, de la propriété d'un immeuble, dont ils avaient déjà la jouissance (§ 98, num. 4, B). Parmi les écrits généraux dont j'ai parlé tout à l'heure, plusieurs ont été publiés à l'occasion de cette grave question. Ici comme ailleurs l'omnipotence de la majorité

(*d*) En Prusse, d'après la nouvelle ordonnance de 1831, sur le régime municipal, § 117-123, l'autorisation des magistrats est le nécessaire pour la vente et l'achat des immeubles, le partage des biens communaux, les emprunts, les impôts, etc. Gesetzsammlung, 1831, p. 28-30.

peut entraîner d'énormes abus, et l'unanimité elle-même ne pare pas à tous les dangers, comme je l'ai montré par l'exemple d'une forêt communale. Aussi plusieurs auteurs modernes repoussent tout partage des biens communaux, comme injuste et même comme révolutionnaire; mais cette opinion systématique est évidemment exagérée. Si l'ancien mode d'exploitation des terres a suffi pendant des siècles aux besoins de l'humanité, cependant est venue une époque où il n'a plus été permis aux cultivateurs de rester tout à fait en dehors des progrès de l'industrie et de suivre les anciens usages. Or, personne ne niera que le sol d'une pâture commune ne puisse, en étant divisé, devenir beaucoup plus productif. Ainsi, en général, on ne saurait blâmer les gouvernements qui favorisent le partage des propriétés communales, quoique, dans certains cas, il puisse entraîner des abus. D'ailleurs, les précautions que doit prendre l'État pour protéger les intérêts de l'avenir et des individus peuvent être, en grande partie, ramenées à des règles générales, ce qui augmente encore les garanties d'une impartialité complète; et telle est l'origine des différentes lois sur le partage des biens communaux (*e*).

(*e*) Les raisons d'économie politique qui ont dicté les nouvelles ordonnances sur le partage des biens communaux ont conduit le législateur à entreprendre sur le domaine du droit privé, en

Je ne dois pas oublier de parler ici des procès à intenter au nom des personnes juridiques. Considéré en lui-même, ce soin paraît rentrer dans l'administration des affaires courantes (§ 98); mais deux motifs d'une nature opposée exigent des précautions particulières, surtout quand il s'agit des *universitates inordinatæ*, et notamment des communes rurales. D'abord un procès engagé témérairement entraîne des frais inutiles et prend un caractère de prodigalité. Aussi la pratique a établi pour ce cas la nécessité d'un syndicat (§ 97), et les lois modernes ont souvent défendu aux communes rurales de plaider sans une autorisation spéciale du gouvernement. Ensuite, si les habitants d'un village voulaient s'approprier les biens communaux et les dissiper, il leur suffirait, après s'en être emparés violemment, de se refuser à la nomination d'un syndicat; la commune n'aurait alors aucun moyen d'intenter une action, soit au possessoire, soit au pétitoire, afin de réprimer leur tentative. Mais comme il serait déraisonnable de laisser les communes sans défense contre de pareils actes, le gouvernement doit, comme dernière ressource, charger un fonctionnaire d'intenter l'action au nom de la commune. Refuser au gouvernement ce droit de

autorisant le rachat de servitudes et autres charges réelles, à la demande d'une seule des parties; c'est une remarque que je fais en passant. Cf. Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 373.

haute surveillance, ce serait abandonner le partage des biens communaux aux usurpations arbitraires des particuliers (*f*).

Le droit romain ne contient presque aucune disposition sur les matières que je viens de traiter. Sous les empereurs, les décurions avaient dans les villes une autorité pour ainsi dire illimitée (§ 96); néanmoins une constitution de l'empereur Léon renferme déjà une restriction remarquable. Si une ville veut aliéner un immeuble, une rente foncière ou un esclavage (*g*), elle ne le

(*f*) Lorsque tous ou presque tous les habitants sont intéressés dans le conflit avec la commune, la chose est trop évidente pour souffrir difficulté. Mais souvent aussi elle se présente sous une forme plus compliquée. Si une partie des habitants a la jouissance exclusive d'un bois communal, et que, cherchant à s'en attribuer la propriété privée, ils prétendent qu'on ne peut agir contre eux qu'au moyen d'un syndicat nommé par le reste des habitants, cette garantie est encore illusoire; car les autres habitants, étant désintéressés dans la question, peuvent être déterminés par un intérêt pécuniaire modique à ne pas nommer de syndicat. Ainsi donc ce cas ne diffère pas en réalité de celui qui précède. — De nos jours, plusieurs cas analogues se sont présentés dans les provinces rhénanes de l'est, appartenant autrefois au duché de Nassau, et la cour de révision séant à Berlin les a jugés, depuis nombre d'années, d'après les principes exposés ici.

(*g*) L. 3, C. de vend. reb. civ. (XI, 31) : « domus, aut annonæ civiles, aut quælibet ædificia vel mancipia. » Les *annonæ civiles* sont des redevances en nature acquittées par les colons ou les emphytéotes. Cf. L. 14, C. de SS. eccl. (I, 2), et Jac. Gothofredus sur la L. 19, C. Th. de paganis (XVI, 10). Les *civiles annonæ* sont opposées aux *militares annonæ*, ou

peut, à Constantinople, sans le consentement de l'empereur, et dans les autres villes sans le consentement d'une assemblée composée de la majorité des décurions, des *honorati* et des *possessores*, et où chaque membre vote individuellement (*h*). — Les XII Tables, par une disposition tirée des lois de Solon, permettent aux *collegia* de se donner des statuts; mais elles ne disent pas s'ils doivent être votés à l'unanimité ou à la simple majorité (*i*).

§ CI. *Personnes juridiques. — Le fisc.*

Digest, XLIX, 14, de jure fisci.
Cod. Just, X, 1, de jure fisci.
Cod. Theod, X, 1, de jure fisci.
Paulus, V, 12, de jure fisci et populi.

Le mode d'action de l'État dans ses rapports de droit privé, en d'autres termes, la constitution

prestations en nature imposées aux propriétaires fonciers pour l'entretien de l'armée.

(*h*) L. c. : « Præsentibus omnibus, seu plurima parte, tam curialium quam honoratorum et possessorum civitatis. » La loi ne dit pas si, pour autoriser la vente, il s'agit de la majorité des membre présents appartenant à ces différentes classes. Sur le caractère de ces classes, voy. Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. I, § 21.

(*i*) L. 4, de coll. et corp. (XLVII, 22), tirée de Gaius, lib. 4, ad leg. XII Tab. : « Sodales sunt qui ejusdem collegii « sunt. His autem potestatem facit lex, pactionem quam velint « sibit ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. »

du fisc, sort de mon sujet et rentre dans le droit public; aussi les institutions du droit romain en cette matière n'ont pour nous qu'un intérêt historique.

Si l'on cherche quels sont les éléments constitutifs du fisc par rapport au droit privé, on trouve ses nombreux priviléges et sa personnalité juridique elle-même. J'ai déjà montré (§ 90) qu'une énumération détaillée de ces priviléges serait ici déplacée; je me contenterai de présenter quelques observations générales. A l'acquisition des biens déférés au fisc en vertu d'une foule de priviléges spéciaux se rattachent des dénonciations régulièrement organisées (*nunciationes*), qui donnaient aux dénonciateurs des avantages de plus d'une espèce (*a*). Les réclamations du fisc se prescrivaient ordinairement par vingt ans (*b*), excepté celles relatives aux successions vacantes, qui se prescrivent par quatre ans (*c*). — Dans les temps modernes, le domaine privé du prince est toujours distinct du fisc (§ 88, pp.); mais en droit romain les priviléges du fisc s'étendent aux biens privés de l'empereur et même à ceux de l'impératrice (*d*).

(*a*) L. 1, pr.; L. 13; L. 15, § 3; L. 16, 42, 49, de j. fisci (XLIX, 14).

(*b*) L. 1, § 3, 4, 5, de j. fisci (XLIX, 14).

(*c*) L. 1, § 1, 2, de j. fisci (XLIX, 14).

(*d*) L. 6, § 1, de j. fisci (XLIX, 14).

La personnalité juridique du fisc ne peut donner lieu aux mêmes incertitudes et aux mêmes erreurs que celle des corporations; car la représentation du fisc par certains individus ou certains corps administratifs rentre dans sa constitution qui est réglée par le droit public de chaque État.

Je ferai cependant à ce sujet une remarque générale. Entre toutes les personnes juridiques, le fisc occupe une place à part (§ 86, 87, 88). Dans l'ancien droit romain, la capacité des personnes naturelles, comme celle des personnes juridiques, admettait divers degrés et variait suivant les objets. Ainsi, pendant longtemps, les corporations furent inhabiles à hériter, et les jurisconsultes cherchaient à expliquer cette incapacité par la nature spéciale des corporations. Les mêmes motifs s'appliquaient entièrement à l'*ærarium* (*populus*) et au fisc (*e*); néanmoins les jurisconsultes n'en disent rien, et nulle part nous ne voyons que, dès l'origine, le fisc ait été atteint ou exempté de cette incapacité ou que plus tard il en ait été relevé. D'un autre côté, nous voyons souvent l'*ærarium* recueillir des successions et des legs sans que jamais il s'élève le

(*e*) On doit sans doute appliquer au *populus*, comme à tout municipe, ces mots d'Ulpien (XXII, § 5): « quoniam incertum « corpus est, ut neque cernere universi, neque pro herede gerere « possint, ut heredes fiant. »

moindre doute sur la validité de ces acquisitions (§ 93, D). Tout cela s'explique par la nature propre des biens de l'État. Le *populus*, de qui tout droit émane, ne pouvait être soumis à aucune espèce d'incapacité. Ce principe est de tous les temps ; il n'a donc jamais pu être question d'une capacité à conférer au *populus*. Ces déductions semblaient aux anciens jurisconsultes tellement naturelles, tellement nécessaires, que jamais il ne leur est venu à l'esprit de les traduire par des règles et de signaler la différence essentielle existant entre le fisc et les corporations.

§ CII. *Personnes juridiques. — Successions.*

Les jurisconsultes modernes considèrent comme une personne juridique la succession non encore acceptée (*hereditas jacens*), et la placent sur la même ligne que les corporations ; et, en fait, un texte de Florentinus semble établir cette assimilation (*a*). Mais il nous reste à en déterminer le véritable sens.

D'abord on pourrait dire, pour s'expliquer la chose, que l'empire de l'héritier sur les biens du défunt date de l'adition d'hérédité ; qu'entre la

(*a*) L. 22, de fidejuss. (XLVI, 1) : « Mortuo reo promittendi, « et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest : quia « *hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas.* » (Cf. § 85, *h*.)

mort et cette adition il y a dès lors une époque intermédiaire pendant laquelle la propriété repose uniquement sur un être fictif, la succession elle-même. Mais, dans la réalité, il n'en est pas ainsi. On regarde au contraire le droit de l'héritier qui accepte la succession comme commençant à l'instant même de la mort, et dès lors la propriété des biens a passé immédiatement du défunt à l'héritier (*b*). Si donc plusieurs textes semblent considérer la succession avant l'adition comme sans maître (*c*), on doit entendre sans maître connu ; et, par conséquent, depuis la mort du testateur jusqu'à l'acceptation de l'héritier, la succession a un maître, mais que nous ne pouvons pas déterminer.

Voici une autre explication. L'héritage dont le propriétaire est inconnu se trouve sans protection ; c'est pourquoi on nomme un curateur qui le représente momentanément, de même qu'une personne juridique est représentée par ses chefs.

(*b*) L. 193, de R. J. (L. 17) : « Omnia fere jura heredum « perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes « exstitissent. » L. 138, pr. eod : « Omnis hereditas, quamvis « postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. » L. 54, de adquir. vel omit. her. (XXIX, 2); L. 28, § 4, de stip. (XLV, 3).

(*c*) L. 13, § 5, quod vi (XLIII, 24) : « .... cum prædium in- « terim nullius esset... postea dominio ad aliquem devoluto... « utputa hereditas jacebat, postea adiit hereditatem Titius... « quod eo tempore nemo dominus fuerit. »

— Mais cette explication ne saurait non plus être admise. Quoique les principes du droit romain ne repoussent pas la nomination d'un curateur à une succession non acceptée, cette nomination n'est ni nécessaire, ni usitée habituellement ; car les textes nombreux relatifs à ces successions, loin de supposer la présence d'un curateur, n'en font aucune mention. On peut aussi, dans certains cas, nommer un curateur aux biens d'un absent, sans que pour cela on parle de créer une personne juridique. L'absent par son éloignement, l'héritier futur par l'effet de notre ignorance à son égard, ne deviennent pas des êtres fictifs; ce sont toujours des individus, des personnes naturelles. Si on voulait presser les conséquences de l'assimilation d'une succession non acceptée aux personnes juridiques, il faudrait admettre qu'elle est capable de toute espèce de droits, et qu'une succession vacante peut elle-même recueillir des successions et des legs. Or, les jurisconsultes romains n'ont jamais eu ces idées.

La manière la plus simple et la plus naturelle d'envisager la chose serait certainement de considérer une telle succession comme la propriété d'un maître inconnu, mais qui se fera connaître, et de rapporter à sa personne toutes les modifications survenues aux biens pendant l'intervalle écoulé entre la mort et l'adition d'hérédité. Mais le droit romain n'admet pas cette doctrine ;

car il lui substitue une fiction qu'il exprime sous deux formes différentes : tantôt la succession figure comme une personne maîtresse des biens, c'est-à-dire d'elle-même (*d*); tantôt comme représentant la personne du défunt, non de l'héritier inconnu (*e*). Ces deux formes ont certainement le même sens (*f*), et expriment le contraste de la doctrine qui considère la succession comme appartenant déjà à l'héritier inconnu et comme identique avec lui (*g*).

(*d*) L. 22, de fidejuss. (XLVI, 1, note *a*); L. 15, pr., de usurp. (XLI, 3) : « nam hereditatem in quibusdam *vice personæ* « fungi receptum est. » — L. 13, § 5, quod vi (XLIII, 24) : « dominæ locum obtinet. » L. 15, pr., de interrog. (XI, 1) : « domini loco habetur. » L. 61, pr., de adqu. rer. dom. (XLI, 1) : pro domino habetur. L. 31, § 1, de her. inst. (XXVIII, 5). Voyez plus bas, note *f*.

(*e*) Pr., J. de stip. serv. (III, 17) : « *personæ defuncti* vicem « sustinet. » § 2, J. de her. inst. (II, 14) : « Personæ vicem sus- « tinet *non heredis futuri*, *sed defuncti*. » L. 34, de adqu. rer. om. (XLI, 1) : « Hereditas enim *non heredis personam sed* « *defuncti* sustinet. » — Ces mots de la L. 24, de novat. (XLVI, 2), « transit ad heredem, *cujus personam* interim hereditas « sustinet, » pourraient faire naître des doutes. Mais ce texte, cité d'après le manuscrit de Florence, est tellement en contradiction avec ceux qui précèdent, que l'on doit évidemment préférer la leçon de la Vulgate : « transit ad *heredem illius*, *cujus personam*, etc. »

(*f*) Voici un texte qui montre l'identité de ces deux expressions, car l'une ne sert qu'à expliquer et préciser l'autre. L. 31, § 1, de her. inst. (XXVIII, 5) : « quia creditum est hereditatem *dominam esse* (*et*) defuncti locum obtinere. »

(*g*) Cette opposition est exprimée dans deux textes cités (note *e*).

Voici les motifs qui ont déterminé les Romains à admettre cette fiction. Lorsque des esclaves dépendaient de la succession, et le cas d'une succession sans esclaves devait être bien rare, ceux-ci pouvaient enrichir la succession, même avant l'adition; car l'esclave acquérait pour son maître, même à l'insu de celui-ci. Mais il y a certaines manières d'acquérir qui appartiennent essentiellement au droit civil, et pour lesquelles la capacité de l'acquéreur est plus rigoureusement exigée; quand de semblables actes se font par l'intermédiaire d'un esclave dont la capacité tient à celle de son maître, il faut qu'il y ait un maître connu et capable, pour que la validité de l'acte ne soit pas incertaine. Parmi ces actes rigoureux du droit civil se place l'institution d'héritier; ainsi un esclave n'était institué valablement que si à l'époque du testament il avait un maître capable d'être institué (*h*). Il en est de même de l'acquisition d'une créance, résultant de la stipulation d'un esclave, et de l'acquisition de la propriété d'un bien qu'un esclave se fait manciper; seulement ce dernier cas est étranger à la législation justinienne. La fiction qui nous occupe a été introduite pour ces actes rigoureux du droit civil; car elle permettait d'ap-

(*h*) Ulpian., XXII, § 9; L. 31, pr., de her. inst. (XXVIII, 5). Dans ce dernier texte, ce principe est rattaché immédiatement à la fiction qui nous occupe.

précier immédiatement la validité de l'acte, qui dépendait de la capacité d'un défunt bien connu, et non de la capacité encore douteuse d'un héritier inconnu.

Quelques exemples mettront en évidence l'intérêt pratique de cette fiction. Si un Romain capable de tester mourait sans testament, et qu'un tiers instituât pour héritier un esclave de cette succession, notre fiction validait l'institution qui se rapportait à la personne du défunt; mais, sans la fiction, cette validité eût été incertaine; car l'héritier du sang pouvait être un *intestabilis* incapable d'être institué (*i*). Si un soldat meurt laissant un testament, et qu'avant son ouverture un tiers institue héritier un esclave de la succession, en vertu de la fiction l'institution est valable, car elle se rapporte à la personne du défunt; sans la fiction, la validité de l'institution est incertaine; car l'héritier testamentaire du soldat peut être un *peregrinus* (*k*) n'ayant pas avec le tiers testateur la *testamenti factio*. De même encore, si un esclave de la succession stipule sous la forme *spondes? spondeo*, la stipulation est valable, rapportée à la personne du défunt; tandis qu'elle serait nulle, rapportée à un

(*i*) L. 18, § 1; L. 26, qui test. (XXVIII, 1). D'après l'ancien droit du moins l'*intestabilis* ne pouvait être institué héritier. Cf Marczoll, burgerliche Ehre, p. 90.

(*k*) L. 13, § 2, de test. mil. (XXIX, 1).

héritier testamentaire *peregrinus* (*l*). — Par une conséquence logique de cette fiction, si l'esclave acquéreur est lui-même légué, le bien acquis demeure à la succession et ne passe pas au légataire; néanmoins ce principe souffre exception, lorsqu'il s'agit d'un legs d'usufruit (note *r*).

Voici les cas pour lesquels la fiction a été inventée; ce sont eux dont parlent la plupart des textes déjà cités et les plus précis (*m*). Sans doute on trouve plusieurs textes où la fiction est appliquée aux acquisitions des esclaves, faites non d'après les formes rigoureuses du droit civil, mais en vertu de la simple tradition ou d'un *contractus bonæ fidei* (*n*); on trouve même des

(*l*) Gaius, III, § 93.

(*m*) Sur l'acquisition par l'intermédiaire de l'esclave : L. 61, pr., de adqu. rer. dom. (XLI, 1). — Sur la stipulation de l'esclave : pr. J. de stip. serv. (III, 17); L. 33, § 2; L. 34, de adqu. rer. dom. (XLI, 1). Cf. L. 18, pr., de stip. serv. (XLV, 3). — Sur l'esclave institué héritier : § 2, J. de her. inst. (II, 14); L. 31, § 1; L. 52, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 61, pr., de adqu. rer. dom. (XLI, 1). — Si l'héritier institué avait la *testamenti factio*, mais était incapable de l'acquisition totalement ou en partie (*cælebs* ou *orbus*), le legs fait à un esclave de la succession était acquis à la succession, et, lors de l'adition d'hérédité, on voyait à qui devait revenir ce legs et la succession elle-même. L. 55, § 1, de leg. (XXXI, un.).

(*n*) L. 16, de O. et A. (XLIV, 7). Cf. Arndts Beitræge (I, 208). L. 33, § 2, de adqu. rer. dom. (XLI, 1); L. 1, § 5, de adqu. poss. (XLI, 5); L. 29, de capt. (XLIX, 15); L. 15, pr. de usurp. (XLI, 3); L. 11, § 2, de acceptilat. (XLVI, 4). —

textes où la fiction n'a pas trait aux acquisitions faites par l'intermédiaire des esclaves (*o*). Mais ce sont là des extensions accidentelles d'une règle établie dans un autre but. J'en donnerai pour preuve qu'il n'est pas un seul de ces cas où la fiction aurait un intérêt pratique et où l'on n'obtiendrait pas le même résultat en attribuant la propriété de la succession, soit au défunt, soit à l'héritier futur qui, en réalité, est l'héritier actuel.

Peut-être on m'objectera plusieurs textes dont les expressions générales semblent peu conciliables avec l'application restreinte que je donne au principe (*p*). Mais cette généralité n'est qu'apparente, et les termes un peu vagues de ces textes sont précisés par d'autres textes, qui réduisent expressément la fiction à des effets relatifs,

Les textes suivants, sans exprimer la règle, en font l'application : L. 1 § 6, de injur. (XLVII, 10); L. 21, § 1; L. 3, pr., § 6, de neg. gestis (III, 5); L. 77, de V. O. (XLV, 1); L. 1, § 29, depos. (XVI, 3).

(*o*) L. 22, de fidejuss. (voy. plus haut note *a*); L. 24, de novat. (XLVI, 2); L. 13, § 5, quod vi (XLIII, 24) (où ce principe est invoqué concurremment avec d'autres); L. 15, pr., de interrog. (XI, 1). Voy. aussi appendice IV, note *b*.

(*p*) Les textes où la fiction a cette apparence de généralité sont : L. 22, de fidej. (note *a*); L. 24, de novat. (XLVI, 2); L. 13, § 5, quod vi (XLIII, 24); L. 15, pr., de interrog. (XI, 1); L. 31, § 1, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 34, de adqu. rer. dom. (XLI, 1); § 2, J. de her. inst. (II, 14).

c'est-à-dire restreints (*q*). — Il y a plus ; quoique établie en vue des acquisitions par l'intermédiaire des esclaves, même en cette matière elle souffre des exceptions (*r*), preuve évidente que la généralité des textes cités (note *p*) ne doit pas être prise trop littéralement.

Indépendamment des acquisitions par l'intermédiaire des esclaves, il y a un principe d'une grande importance pratique, sur lequel notre fiction aurait pu, dans l'ancien droit, exercer une certaine influence. Si un citoyen laissait en mourant une usucapion commencée, mais non accomplie, l'usucapion se trouvait interrompue, parce que la succession était incapable de posséder. Mais comme la rigueur du droit aurait eu des conséquences trop dures, on admit à titre de *jus singulare* que l'usucapion continuait et pouvait même s'accomplir avant l'adition d'hérédité-

(*q*) Pr., J. de stip. serv. (III, 17) : « in plerisque. » L. 61, pr., de adqu. rer. dom. (XLI, 1) : « in multis partibus juris. » L. 15, pr., de usurp. (XLI, 3) : « in quibusdam. »

(*r*) Si un esclave dépendant d'une succession stipule, la stipulation demeure en suspens, et ne reçoit son effet qu'après l'adition d'hérédité. L. 73, § 1, de V. O. (XLV, 1). — En principe, le legs fait à l'esclave d'une succession est acquis immédiatement à la succession ; mais s'il s'agit d'un usufruit, l'usufruit est seulement acquis lorsque, par suite de l'adition d'hérédité, l'esclave a un maître déterminé, et ce peut être l'héritier lui-même ou un légataire. Dans ce dernier cas, l'usufruit n'a jamais appartenu à la succession. L. 1, § 2, quando dies usufr. (VII, 3) ; L. 16, § 1, quando dies leg. (XXXVI, 2).

dité (*s*). On pouvait essayer de rattacher à notre fiction cette décision importante pour la pratique, et avant Justinien, dans l'exemple cité plus haut d'un testament militaire, elle aurait eu son utilité : rapportée au défunt l'usucapion se continuait; rapportée à un héritier testamentaire *peregrinus*, personnellement incapable d'usucapion, elle était interrompue. Néanmoins aucun des textes cités n'a recours à cette fiction, et tous ils considèrent la règle sur l'usucapion comme une règle spéciale et isolée; sans doute parce que la fiction avait en général pour objet des rapports de droit pur, et non des rapports qui supposent l'acte et la volonté de l'homme, et la possession a précisément ce caractère (*t*).

Les résultats de cette recherche sur les successions, considérées comme personnes juridiques, peuvent se résumer ainsi :

1° La succession non acceptée, même chez les Romains, n'était pas une personne juridique : et si un texte l'assimile à une corporation (note *a*),

(*s*) L. 31, § 5; L. 40; L. 44, § 3, de usurp. (XLI, 3); L. 30, pr., ex quib. causis maj. (IV, 5).

(*t*) L. 1, § 15, si is qui test, (XLVII, 4); L. 61, pr., § 1, de adqu. rer. dom. (XLI, 1); L. 26, de stip. serv. (XLV, 3). (Ce dernier texte se retrouve encore dans les Fragm. Vat., § 55.) — L'hérédité, étant incapable de posséder, ne pouvait être volée, ni dès lors avoir la *furti actio*. L. 68, 69, 70, de furtis (XLVII, 2); L. 2, expil. hered. (XLVII, 19).

cela veut dire que l'une et l'autre donnent lieu à une fiction, mais à une fiction d'une nature différente ; car dans chacun de ces deux cas elle diffère par son principe et par sa fin.

2° Chez les Romains, la fiction appliquée à la succession avait pour but de faciliter certaines acquisitions, par l'intermédiaire des esclaves dépendant de la succession.

3° C'est à tort que l'on considère cette particularité de la succession non acceptée comme conservée dans le droit moderne, puisque ce droit ne reconnaît pas les acquisitions par l'intermédiaire des esclaves.

§ CIII. *De quelles différentes manières les rapports de droit se rattachent aux personnes.*

J'ai cherché dans ce chapitre quels sont les sujets possibles des rapports de droit, et d'abord d'après la nature générale de ces rapports, ensuite d'après le droit positif, qui tantôt restreint, tantôt étend artificiellement cette capacité naturelle. Ces points déterminés, reste la question de savoir comment les rapports de droit se rattachent aux sujets capables de soutenir ces rapports. Un événement relatif à un individu déterminé, c'est-à-dire un acte émané de l'activité humaine ou affectant sa passivité, tel est or-

dinairement le lien qui unit le rapport de droit au sujet. Ainsi, chacun peut acquérir la propriété par la tradition ou l'occupation, devenir créancier ou débiteur en vertu de conventions, débiteur par suite des délits qu'il commet, créancier par suite des délits commis à son égard. Tout cela s'applique également aux personnes juridiques, avec cette différence que les actes de leurs représentants sont considérés comme leurs propres actes. La nature générale des faits servant à établir ce lien régulier entre les rapports de droit et les personnes sera l'objet du chapitre suivant.

Il y a, en outre, une autre espèce de lien plus artificiel, qui n'affecte pas l'activité ou la passivité d'un individu déterminé, mais certaines conditions qui peuvent se rattacher aux individus les plus divers. Cette espèce exceptionnelle de lien tient quelquefois à la nature spéciale des rapports de droit eux-mêmes; quelquefois aussi elle résulte de la volonté de l'homme. Une semblable volonté trouve rarement place dans les contrats où l'on stipule sur des intérêts actuels et clairement déterminés; plus souvent dans les actes de dernière volonté, qui, disposant pour un avenir incertain, prêtent davantage au vague et à l'indétermination; quelquefois aussi dans des décrets de l'autorité souveraine rendus sous la forme de privilèges. Un acte de dernière vo-

lonté qui déférait une succession à une personne incertaine (*persona incerta*) était nul dans l'ancien droit romain, et il ne fut permis que sous Justinien (§ 93, *q*).

Les conditions générales auxquelles on attache un rapport de droit, destiné ensuite à être communiqué aux personnes se trouvant dans ces conditions, nous apparaissent sous les formes suivantes :

I. Rapport de droit public. Quand, à Rome, par exemple, un legs était fait à l'empereur (quod *principi* relictum est), on entendait par là l'empereur régnant lors de l'ouverture de la succession, et non celui qui vivait à l'époque du testament. Ce legs était réellement fait à une *incerta persona*, et si l'on admettait, même anciennement, sa validité, c'est que l'on avait transporté du fisc à la personne du prince l'exemption des restrictions du droit privé (§ 101). Mais il n'en était pas de même d'un legs fait à l'impératrice : toujours on le rapportait à celle existant à l'époque du testament ; aussi était-il plus souvent sans effet que les legs faits à l'empereur. Interprété plus largement, ce legs serait tombé sous la prohibition générale prononcée contre les personnes incertaines, et telle est sans doute la raison de cette différence (*a*). — De même en-

(*a*) L. 56, 57, de leg. (XXXI, un.).

core une rente laissée par fidéicommis au prêtre et aux desservants d'un temple déterminé était considérée comme une rente perpétuelle payable annuellement aux personnes revêtues de ces fonctions. Ici la prohibition relative à l'*incerta persona* était écartée, parce que l'on regardait comme véritable légataire le temple lui-même, qui était bien personne juridique, mais *certa persona* (§ 93, *m*), et la nomination du prêtre et des desservants était prise comme simple mode d'employer la rente (*b*).— Il en serait de même aujourd'hui d'une rente annuelle constituée par un fonctionnaire public en faveur de tous ceux qui lui succéderaient dans son emploi.

II. Rapport de droit privé. A cette classe appartiennent : les servitudes rurales, non par le fait des volontés individuelles, mais d'après la nature même de l'institution (*c*); le régime de l'*aqua ex castello*, qui n'est pas une servitude, car ce n'est pas une volonté privée qui l'établit,

(*b*) L. 20, § 1, de ann. leg. (XXXIII, 1) : « Respondit, secundum ea quæ proponerentur, *ministerium* nominatorum « *designatum* (non les individus existant à l'époque du testament) *cæterum datum templo.* »

(*c*) C'est-à-dire les servitudes rurales par rapport au propriétaire du fonds dominant; car elles appartiennent à tous les propriétaires de ce fonds : non par rapport au propriétaire du fonds servant; car la servitude doit être reconnue et respectée non-seulement par le propriétaire du *prædium serviens*, mais par tous.

mais une disposition de l'autorité publique (*d*); enfin les droits que donne la propriété d'un colonat sur tous les colons qui naissent dans sa dépendance (§ 54).

Cette matière a, dans le droit germanique, beaucoup d'extension et d'importance; ainsi elle embrasse la plupart des rentes ou autres charges foncières, tant à l'égard du créancier que des débiteurs (*e*); à l'égard du titulaire, les droits de banalité, qui toujours sont attachés à la propriété d'un immeuble; enfin la servitude de la glèbe. — Le droit prussien appelle ces droits, droits réels par rapport au sujet, afin de les distinguer des véritables droits réels par rapport à l'objet, et que l'on appelle droits sur la chose (*f*).

Un semblable lien peut encore être établi par

(*d*) L. 1, § 43, de aqua (XLIII, 22).

(*e*) Le droit aux redevances féodales est ordinairement l'*annexum* d'une propriété foncière, mais non pas toujours; car il y a des dîmes personnelles, et dans quelques endroits des droits de corvées appartenant à une personne. — L'acquittement de ces redevances est aussi le plus souvent une obligation attachée à la possession d'un immeuble, par exemple les prestations en argent et en fruits, et les services; quant aux dîmes, elles sont ordinairement un pur *jus in re*, c'est-à-dire le droit de prendre la dixième gerbe sur un champ déterminé, sans que de son côté le débiteur de la dîme ait à remplir d'obligation positive.

(*f*) A. L. R. Th. I, tit. 2, § 125-130, où on ajoute que si la loi parle de droits réels sans autre désignation, il faut prendre ces mots dans le second sens, comme le plus ordinaire.

un acte de volonté individuel. Je citerai comme exemple la franchise de la contribution foncière, accordée par privilége à un immeuble ou à une certaine classe d'immeubles, c'est-à dire à tous ceux qui, par la suite, auront la propriété de ces immeubles.

III. Simple rapport de fait. Telles sont, en droit romain, les obligations de celui qui se trouve accidentellement tenu de restituer ou de produire une chose, par suite des *actiones in rem scriptæ* (*quod metus causa* et *ad exhibendum*); — en droit germanique, les droits de banalité par rapport aux obligés; c'est ainsi que chaque habitant d'un district déterminé, indépendamment de tout engagement personnel, a l'obligation négative de ne point s'adresser, pour les objets compris dans la banalité, à d'autres qu'au titulaire. — Ces différents cas rentrent dans la nature générale des institutions qui nous occupent; mais une volonté individuelle, notamment un privilége du souverain, peut aussi attacher un droit à un pur rapport de fait.

Les divers modes artificiels d'après lesquels les rapports de droit se rattachent à des personnes déterminées ont été de nos jours représentés comme des personnes juridiques (*g*), à tort sui-

(*g*) Heise, Grundriss, vol. I, § 98, note 15 : « On appelle « personne juridique tout ce qui, *indépendamment de l'individu*, « est reconnu par l'État comme sujet du droit. Mais il faut une

vant moi. En effet, soit qu'il s'agisse d'une rente annuelle attachée à une fonction ou d'une servitude rurale, le titulaire est toujours un individu, une personne naturelle. Seulement, la manière dont ce titulaire est désigné, la voie qui mène à l'exercice du droit, sont réglées par des principes spéciaux et d'une nature exceptionnelle, et l'on ne trouve aucune trace de la représentation, condition essentielle de toute personne juridique. En matière de servitudes rurales, par exemple, le propriétaire du fonds dominant dispose de la servitude avec la même liberté que de ses autres biens; il peut en libérer le fonds servant, à titre onéreux ou gratuit. De même encore le fonctionnaire dispose librement de la rente qui lui est assignée pendant le temps que durent ses fonctions; il ne l'administre pas au nom d'une personne fictive, elle fait partie de

« réalité qui constitue ou représente la personne juridique. Cette « réalité peut-être, 1° une agrégation d'hommes, ou même un « seul homme, celui, par exemple, revêtu de certaines fonc- « tions...; 2° cette réalité peut être une chose, par exemple un « immeuble, s'il s'agit d'une servitude ou des droits subjectifs « réels établis en Allemagne, etc. » — On peut admettre la définition et rejeter l'énumération des différents cas, puisque le sujet d'une servitude rurale, etc., est toujours un homme individuel, et dès lors n'est pas un sujet *indépendamment de l'individu*. — Hasse dit aussi : « Le prince, par exemple, est consi- « déré comme personne juridique par les jurisconsultes romains. « On voit qu'ils avaient en vue l'ordre successif d'après la L. 6 « de leg. II (XXXI, un.). » (Archiv., vol. V, p. 67.)

ses biens comme tout autre droit. S'il ne peut ôter la rente à son successeur, cette restriction est absolument semblable à celle d'un légataire qui, à sa mort, restitue, en vertu d'un fidéicommis, la maison qui lui a été léguée. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a aucun motif de considérer le sujet du droit comme une personne juridique.

Après avoir montré comment les rapports de droit se rattachent aux personnes, reste la question de savoir combien de personnes peut embrasser un même rapport de droit. Ici on trouve une grande diversité. Plusieurs de ces rapports, tels que le mariage, l'usage, les servitudes rurales (*h*), ne peuvent avoir qu'une seule personne pour sujet. D'autres, tels que la propriété, l'usufruit, l'emphytéose, peuvent embrasser plusieurs personnes, mais divisément. D'autres enfin, les obligations et le droit de gage, par exemple, peuvent s'étendre à plusieurs personnes, soit divisément, soit solidairement. Je me contente ici de cette indication générale : l'étude

(*h*) Ainsi, plusieurs voisins ayant un droit de passage sur le même fonds n'exercent pas partiellement ou solidairement un seul et même droit; chacun d'eux a une servitude complète, un droit tout à fait indépendant de la servitude des autres. Si ces différents droits peuvent s'exercer sans collision sur le même immeuble, cela tient à la manière dont on use ordinairement d'un chemin, c'est-à-dire à la nature même de la servitude.

approfondie de ces différents cas trouvera mieux sa place quand je traiterai des institutions elles-mêmes.

APPENDICE III.

DE LA VIABILITÉ DE L'ENFANT CONSIDÉRÉE COMME CONDITION DE SA CAPACITÉ DU DROIT.

(§ LXI, note *t*.)

C'est une opinion très-répandue parmi les jurisconsultes modernes que, pour avoir la capacité du droit, l'enfant doit naître, non-seulement vivant, mais viable. Voici ce qu'ils entendent par là : Il y a dans la grossesse une certaine époque avant laquelle un enfant naît quelquefois vivant, mais ne peut vivre au delà de quelques heures ou de quelques jours. Cette impuissance de prolonger son existence doit lui faire refuser la capacité du droit, même pour le court intervalle pendant lequel il a vécu. Avant d'examiner cette opinion, il est indispensable d'exposer un principe tout différent du droit de la famille (*a*), qui a été l'occasion innocente du système.

En droit romain, un enfant naissait sous la puissance paternelle ; quand, à l'époque de la conception, il y avait entre ses parents un mariage reconnu par le droit civil (*b*).

(*a*) Ainsi, pour discuter la question de la viabilité, je suis obligé de développer par avance une matière dont la véritable place serait dans le corps du traité, là où j'exposerai l'origine de la puissance paternelle.

(*b*) Pr., J. de patria pot. (I, 9) ; Ulpian., V, § 1.

Cette condition en fait de la puissance paternelle, à laquelle se rattachent tant d'autres droits, peut se décomposer ainsi : 1° paternité naturelle, c'est-à-dire le fait qu'un homme déterminé a réellement engendré l'enfant ; 2° maternité naturelle ; 3° mariage valable entre le véritable père et la véritable mère ; 4° existence de ce mariage à l'époque de la conception. De ces quatre éléments, le second et le troisième ne prêtent à aucune difficulté. Il est rare que ces faits soient douteux, et quand par hasard ils le sont, on peut, on doit en fournir la preuve comme de tout autre fait contesté. Il n'en est pas de même du premier et du quatrième élément : car la conception est un secret de la nature, dont les effets se manifestent après un certain espace de temps ; et ici la preuve n'est pas seulement rare ou difficile, elle n'est pas même imaginable (*c*). Comment donc, en droit positif, résoudre cette difficulté ?

On pouvait prescrire quelque chose d'analogue à une preuve, et ordonner que, d'après les circonstances et les probabilités, le juge déterminerait quel est le père et à quelle époque remonte la conception. Mais ce système prêterait à de graves inconvénients et d'abord à une grande incertitude. Sans doute il est des cas où les probabilités extérieures pour ou contre la paternité sont tellement fortes, qu'aux yeux de tout homme impartial elles équivalent à une certitude. Mais quand la paternité est l'objet d'un débat judiciaire, de semblables cas se présentent bien rarement, et presque toujours l'incertitude des faits laissera une grande latitude à l'arbitraire du juge (*d*). Ensuite, l'arbitraire aurait d'autant plus

(*c*) Ainsi, il ne saurait être question d'admettre comme preuve l'aveu du père ni de lui déférer le serment (*de veritate*), car ce fait n'est réellement pas à la connaissance du père lui-même, et les tribunaux ne peuvent avoir égard à sa croyance, à sa conviction.

(*d*) Peut-être dira-t-on que je vais trop loin, que, dans les demandes en aliments, cette preuve est admise et répond aux besoins de la pratique. Cette assi-

de dangers, qu'indépendamment de l'intérêt personnel, il s'agit ici de l'intérêt des bonnes mœurs, du repos des familles et de l'honneur des femmes. C'est pourquoi le droit romain a repoussé comme moyen de solution les décisions individuelles fondées sur la vraisemblance, et adopté le principe suivant.

On prend pour point de départ le temps que peut durer la grossesse avant la naissance d'un enfant vivant. L'expérience nous apprend qu'un enfant peut naître cent quatre-vingt-deux jours après la conception, et aussi beaucoup plus tard, jusqu'à la fin du dixième mois (*e*). D'après cette loi

milation serait tout à fait fausse : car, dans les demandes en aliments, il ne s'agit pas de la paternité, mais d'un fait bien différent, très-susceptible d'être prouvé, le fait de la cohabitation; ce fait est par lui-même le fondement de l'obligation, et n'implique nullement la paternité; car si l'on admettait ce genre de présomption, il faudrait aussi admettre, chose impossible et absurde, qu'un enfant peut avoir été réellement engendré par plusieurs pères.

(*e*) L. 3, § 11, 12, de suis (XXXVIII, 16) : « Post decem menses mortis natus, « non admittetur ad legitimam hereditatem. — De eo autem, qui centesimo « octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et D. Pius pontifici- « bus rescripsit, justo tempore videri natum : nec videri in servitute conceptum, « cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manu- « missa. » La règle des dix mois se fonde sur la loi des XII Tables (Gellius, III, 16), et faisait, à ce que l'on croit, partie de la quatrième table. Le texte même invoque pour les 182 jours l'autorité d'Hippocrate et un rescrit d'Antonin. On a demandé ce que les pontifes avaient à démêler en semblable matière. Cujas pense qu'ils avaient un droit de surveillance sur les naissances légitimes (in L. 38, de V. S. Opp., VIII, 519), point de vue qui me semble trop moderne. Notre texte dit positivement qu'il s'agissait du fils d'une esclave. Celui-ci voulait sans doute devenir prêtre ou desservant d'un temple, et pour cela il fallait être né libre. Sur les 182 jours, voy. § 181, note *h*. — L. 12, de statu hom. (I, 5) : « Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctorita- « tem doctissimi viri Hippocratis : et ideo credendum est, eum qui ex justis nuptiis « septimo mense natus est, justum filium esse. » D'après l'ensemble du texte, *perfectus partus* est opposé à *abortus* et désigne un enfant véritable et vivant. On verra plus bas (note *y*) quel autre sens ces mots pourraient encore avoir. — Enfin je citerai l'ancienne règle de droit qui défend à la veuve de se remarier avant dix mois écoulés depuis la mort de son mari, afin d'éviter la *sanguinis*

physiologique, on compte depuis le jour de la naissance, qui est certain, d'abord cent quatre-vingt-deux jours, puis dix mois, ce qui donne une latitude de quatre mois. Si, pendant ces quatre mois, ou à une époque comprise dans cet intervalle, la mère d'un enfant a été mariée, l'enfant a pour père présomptif le mari; sinon, juridiquement parlant, il n'a pas de père (*f*). Tel est le véritable sens de cette règle importante : *Pater est quem nuptiæ demonstrant* (*g*). Cette présomption milite tant pour le père que contre lui, et toute partie intéressée peut l'invoquer. Elle n'a pas besoin d'être soutenue, elle ne peut être attaquée au nom de la vraisemblance. Elle forme par elle-même une preuve complète, et ne cède qu'à la preuve d'une impossibilité physique, si notamment on vient à établir une absence longue et non interrompue

turbatio. L. 11, § 1, de his qui not. (III, 2); L. 2, C. de sec. nupt. (V, 9). — La nov. 39, C. 2, nous fournit une application particulière de cette règle. Justinien repousse, dans les termes les plus énergiques, une veuve qui présentait un enfant ne onze mois après la mort de son mari.

(*f*) D'après la rigueur de l'ancien droit; le droit nouveau a introduit deux modifications favorables à la légitimité : 1° l'enfant né avant 182 jours depuis le mariage contracté est légitime; c'est-à-dire que, dans ce cas, la reconnaissance du mari supplée le temps qui manque. l. 11, C. de nat. lib. (V, 27); 2° les enfants d'une concubine (*naturales*) sont légitimés par un mariage subséquent. Ici encore la reconnaissance du père remplace la présomption de la règle. L. 10, 11, C. de nat. lib. (V, 27).

(*g*) L. 5, de in jus vocando (II, 4), et non pas, comme souvent on le dit à tort : Pater is est quem *justæ* nuptiæ demonstrant. Ici on confond deux effets très-différents du mariage sur l'état des enfants : 1° le mariage remontant à une certaine époque établit la présomption de paternité, et peu importe qu'il y ait ou non *justæ nuptiæ;* ainsi, par exemple, le citoyen romain qui avait épousé une *peregrina* n'en était pas moins le père véritable des enfants nés du mariage; seulement il fallait que le mariage fût permis, car, en cas d'inceste, le mariage serait nul, c'est-à-dire n'existerait pas, et les enfants ne seraient pas les enfants de cet homme. § 12, J. de nupt. (I, 10). 2° Si le mariage est en même temps un mariage civil, alors s'ajoute une conséquence importante, les enfants naissent sous la puissance paternelle.

du mari (*h*). — Ce n'est pas ici le lieu d'examiner si les lois physiologiques sur lesquelles repose cette présomption ont été bien observées ; mais il faut reconnaître le bienfait d'une règle qui bannit l'arbitraire des jugements individuels, lorsqu'en consultant les ouvrages théoriques et les décisions des facultés de médecine, on voit quelles sont en cette matière les incertitudes et les contradictions des physiologistes (*i*). Il faut reconnaître également la sagesse de la latitude accordée. Sans doute, plus d'un enfant illégitime

(*h*) Ainsi un enfant né le cent-quatre-vingt-deuxième jour, dans un état de conformation si parfait que la conception semblerait antérieure au mariage, n'en serait pas moins l'enfant du mari, et réciproquement le père pourrait désavouer l'enfant né avant le cent-quatre-vingt-deuxième jour, quand même les médecins déclareraient que l'enfant, vu sa conformation imparfaite, a été conçu pendant le mariage ; de même aussi l'état de conformation imparfaite d'un enfant posthume, né peu avant l'expiration des dix mois, ne prouverait rien contre sa légitimité. — Ces principes sont contraires à ceux communément adoptés. Hofacker, t. I, § 544 ; Struben, Rechtl. Bedenken, vol. V, num. 86. L'adultère même prouvé ne détruit pas la présomption de la paternité.

(*i*) Quand on voit plusieurs auteurs en médecine poser en principe qu'avant une certaine époque l'enfant ne peut naître viable, il ne faut pas que cela nous fasse illusion, car souvent ces auteurs ajoutent qu'il y a des cas exceptionnels où un enfant né longtemps avant terme peut être conservé par des soins extraordinaires. Ainsi Oeltze, de Partu vivo vitali, § 37, cite, d'après des auteurs célèbres, deux cas très-remarquables. Dans l'un d'eux, une femme, après être accouchée, précisément six mois ensuite mit au monde un autre enfant qui vécut, et cependant il est certain qu'il était resté moins de 182 jours dans le sein de sa mère. Sur les opinions très-diverses des médecins, voy. Glück, vol. 28, p. 129, sq. — J'aime à citer à l'appui de mon opinion celle d'un des auteurs les plus estimés qui ont écrit sur la médecine légale, A. Henke, von den Früh-und Spat Geburten, Abhandlungen aus dem Gebiet der Gerichtlichen Medicin, vol. III, p. 241-307. Sans doute il commence par établir les différents termes d'une grossesse normale (p. 265, 284), mais il reconnaît l'existence de cas exceptionnels, ce qui détruit toute certitude (p. 271, 292, sq.) Ses conclusions sont un éloge complet de la législation, surtout du droit romain qui, par des règles positives, prévient l'incertitude des jugements individuels (p. 271-274, 303-304), et il approuve expressément la latitude laissée par le droit romain.

peut, sous sa protection, usurper les droits de la légitimité; mais l'injustice contraire serait bien plus à craindre. D'ailleurs, qu'est-ce que ce danger comparé à celui de reconnaître comme légitimes des enfants adultérins nés pendant le mariage? Et cependant il n'y a pas à lui opposer de remède qui ne soit pire que le mal.

Tous ces principes sont posés dans les sources avec clarté et précision; aussi les auteurs ne les ont-ils jamais complétement méconnus, bien que plus d'une fois ils les aient obscurcis en isolant à tort des règles et des idées qui se tiennent, ou cherché à les affaiblir par des exceptions. Ils n'en sont pas demeurés là, et ils ont sur ces principes bâti le système suivant. Quand un enfant, disent-ils, naît avant le cent-quatre-vingt-deuxième jour depuis la conception, quoiqu'il naisse vivant, d'après les règles physiologiques sanctionnées par la législation, il est incapable de prolonger son existence, et dès lors on ne peut lui attribuer aucuns droits. La capacité du droit dépend non-seulement de la naissance, mais de la vie ou de la viabilité. Ainsi donc, l'enfant que sa naissance prématurée rend incapable de vivre est sans droits et doit être assimilé à un enfant mort-né, à un *abortus* (*k*). — Avant d'entreprendre l'examen approfondi de cette doctrine, je vais mentionner une de ses modifications spéciales. On a prétendu que les enfants nés au septième mois étaient viables, et que ceux nés au huitième mois ne l'étaient pas (*l*). Mais dans la suite ce déve-

(*k*) C'est ainsi que s'expriment Haller, Vorlesungen uber die gerichtl. Arzneiwissenschaft, vol. I, Berne, 1782, C. IX, § 3, 7; et Oeltze, de Partu vivo vitali, § 15, 19.

(*l*) Cujacius in Paulum, IV, 9, § 5 : « Qui ante septimum, *vel octavo mense* « prodeunt, imperfecti sunt *nec vitales*. Nono autem, et undecimo a conceptionis « die *legitimi partus* fiunt. » Cujas représente cette doctrine comme adoptée dans la pratique, et il l'applique évidemment à la capacité du droit. — Aulu-Gelle rapporte qu'il y eut là-dessus un procès à Rome; j'en parlerai plus bas.

loppement du système a été généralement abandonné (*m*).

Je vais essayer de prouver que cette doctrine de la viabilité, comme condition de la capacité, n'a aucun fondement en droit.

Elle est contraire aux principes généraux sur la capacité du droit qui est attachée au fait de l'existence d'une créature humaine, sans aucun égard à la durée plus ou moins longue que peut avoir cette existence. Quel serait le motif d'une restriction à introduire, et où placer la limite?

Elle est en opposition avec les sources du droit. Fondée en apparence sur la règle des cent quatre-vingt-deux jours, elle n'est nullement justifiée par cette règle; car les Romains s'en servent pour établir la présomption de la paternité, et non pour refuser la jouissance du droit à un grand nombre de créatures humaines vivantes. Les textes qui se rapportent le plus directement à la question sont les L. 2, 3, C. de Posthumis (VI, 29). Elles décident que l'enfant a la capacité du droit aussitôt que la naissance est complète, quand même il mourrait immédiatement (*illico*), par exemple, entre les mains de la sage-femme. C'était bien là le cas de distinguer si la mort résulte de la non-viabilité ou des circonstances extérieures; et comme le législateur ne dit pas un mot de cette distinction, elle n'est pas dans son esprit. — Les arguments que tirent des sources les partisans de cette doctrine sont extrêmement faibles et tournent presque tous dans un cercle vicieux. Je reviendrai là-dessus quand j'examinerai les opinions des auteurs.

Cette doctrine n'est pas même susceptible d'une application réelle et véritable. L'enfant non viable est, dit-on, celui qui naît avant cent quatre-vingt-deux jours écoulés depuis la conception. Mais comment connaître le jour de la conception? C'est précisément parce que le jour de la conception

(*m*) Haller, § 9.

est impossible à connaître que les Romains ont pris, comme point de départ de leur calcul, le jour connu et certain de la naissance. Pour sortir du cercle où ils sont enfermés, les partisans du système que je combats n'ont qu'un moyen, et il résulte nécessairement de leur opinion. On appelle les médecins, et ils déclarent, d'après l'état d'imperfection de l'enfant, qu'il a été moins de cent quatre-vingt-deux jours dans le sein de sa mère, d'où nous concluons qu'il n'est pas viable. Avec cette manière de procéder, le nombre des jours est tout à fait inutile; il ne sert qu'à déguiser l'arbitraire, et il serait beaucoup plus naturel de s'en rapporter directement aux médecins, qui diraient que, d'après les apparences extérieures, l'enfant est incapable de vivre. La fixation d'un certain nombre de jours est même inconciliable avec un avis de médecin, et ne saurait avoir été dans l'intention des inventeurs de la règle. En effet, quel médecin oserait prendre sur lui de décider que l'enfant qu'on lui présente est resté précisément cent quatre-vingt-un jours dans le sein de sa mère, et non pas cent quatre-vingt-deux ou cent quatre vingt-trois? La chose ainsi entendue, on voit clairement les dangers et l'incertitude des jugements individuels, auxquels on ouvre ici la porte sans aucune nécessité, dangers que, sous un autre aspect, le droit romain avait su prévenir par la présomption de la paternité. Et qu'on ne m'objecte pas que si, dans mon système, il faut prouver la vie, on pourrait prouver aussi la viabilité. La différence de ces deux cas est évidente. La vie de l'enfant est un fait dont la perception tombe en grande partie sous les sens, et dès lors peut être, comme tout autre fait, prouvé par témoins sans aucun danger. L'appréciation de la viabilité appartient à la science, et sur ce sujet les médecins ne sont nullement d'accord. — J'ajoute que, dans l'exposition de leurs théories, les médecins supposent toujours que l'enfant meurt effectivement. Si donc, après la naissance, un rapport exact

sur l'état de l'enfant était adressé à une faculté de médecine, si plusieurs mois ensuite la faculté déclarait la non-viabilité de l'enfant et son incapacité du droit, et que néanmoins l'enfant, sauvé à force de soins, parvînt à un âge assez avancé, aucun partisan de cette doctrine ne voudrait déclarer sans droits, comme incapable de vivre, un homme qui pouverait cette capacité en vivant (*n*).

Voici en outre des inconséquences évidentes que l'on peut reprocher à certains partisans de la doctrine de la viabilité. Je suppose qu'un enfant vienne au monde à terme, qu'il donne des signes de vie incontestables et meure immédiatement après. On ouvre son corps, et l'on reconnaît qu'un vice organique rendait tout à fait impossible la prolongation de son existence. Sa non-viabilité est beaucoup plus certaine que celle des enfants nés avant terme, et néanmoins on ne conteste pas ordinairement sa capacité du droit. Appliquer à ce cas les conséquences logiques du principe et prononcer l'incapacité de l'enfant, ce serait encore accroître les dangers de l'arbitraire et l'incertitude du droit.

Voici une seconde inconséquence non moins évidente que la première; elle a trait aux rapports existant entre le droit civil et le droit criminel. La chose envisagée simplement, ceux qui, en droit civil, considèrent l'enfant non viable comme mort, doivent, en droit criminel, reconnaître que cet enfant ne peut être l'objet d'aucun délit, car il n'y a pas de délit possible contre un cadavre. Exiger en droit civil la viabilité, et en droit criminel punir le meurtre d'un enfant non viable, quand même la peine ne serait pas celle ordinaire, la mort, c'est évidemment se montrer inconséquent. En droit criminel, deux motifs ont fait prendre à la question une direction particulière. D'abord, les expressions de la Caroline sur la conformation régulière (art. 131) ont souvent été en-

(*n*) Voyez les cas énumérés dans la note *i*.

tendues dans le sens de la viabilité. Ensuite, on croyait avoir des motifs pour distinguer d'un meurtre ordinaire l'infanticide proprement dit, c'est-à-dire le meurtre de l'enfant par la mère dans de certaines circonstances, et pour le punir moins sévèrement. On se servit du défaut de viabilité pour soustraire la mère à l'application de la peine, et l'on évita de s'expliquer sur le cas où le meurtre d'un enfant nouveau-né serait commis par d'autres que la mère, la sage-femme, par exemple. Si plusieurs criminalistes modernes regardent la viabilité comme indépendante d'un nombre de jours déterminé, cela n'a rien d'extraordinaire, car nous avons vu que déjà, en droit civil, la fixation du nombre des jours n'est qu'apparente, et que, dans la réalité, la question se décide d'après l'avis des médecins.

Voici maintenant comment se partagent les opinions des criminalistes. Ceux qui admettent le système dans toute sa rigueur regardent la viabilité comme partie essentielle du *corpus delicti*, et là où elle manque n'admettent aucune pénalité. C'est ce qu'enseigne Feuerbach, mais relativement à l'infanticide proprement dit, et seulement d'après le texte de la Caroline (*o*); on ne voit pas comment il traite les autres cas analogues. Mittermaier a poussé le système à ses dernières limites (*p*). Suivant lui, ne sont pas viables tous ceux dont l'existence ne peut pas se prolonger, par suite d'une naissance avant terme ou d'un vice d'organisation, bien que, dans certains cas rapportés par Mittermaier lui-même, ces enfants aient vécu quatre jours et quelquefois dix jours. De semblables enfants ne peuvent pas, dit-il, *s'appeler des créatures vivantes; ils n'ont que l'apparence de la vie, et l'on ne peut commettre un meurtre sur leur personne*. Cette doctrine, qui ne s'applique pas seulement à l'infanticide, est rigou-

(*o*) Feuerbach, § 237.

(*p*) Mittermaier, neues Archiv des Criminalrechts, vol. VII, p. 316-323, surtout p. 318-320.

reuse dans ses déductions; mais je doute que Mittermaier ait mesuré toute l'étendue de ses conséquences pratiques. Afin d'écarter l'espèce d'intérêt qui s'attache à la mère infanticide et obscurcit la question, je suppose qu'une sage-femme, gagnée par des collatéraux, ait tué un enfant né à terme et dont l'existence ne soit pas douteuse; d'après cette doctrine, la sage-femme doit être absoute par les tribunaux, et tout au plus soumise à quelques peines disciplinaires, si les médecins déclarent que, par suite d'un vice d'organisation, la vie de l'enfant ne pouvait se prolonger.

D'autres se contentent de repousser l'application des peines ordinaires, mais dans le cas d'infanticide proprement dit, et ils sont bien loin d'enlever à l'enfant non viable toute protection des lois. Je citerai, entre autres, Carpzov, qui admet pour tout adoucissement que la peine de l'infanticide ne doit jamais aller au delà de la peine de mort (*q*). D'autres enfin n'ont aucun égard à la viabilité, et ils enseignent que le meurtre d'un enfant non viable est soumis aux peines ordinaires (*r*). Voyons maintenant la relation existant entre ces diverses opinions des criminalistes et les doctrines des jurisconsultes qui, en droit civil, refusent la capacité du droit à l'enfant non viable. Ceux qui adoptent l'opinion de Mittermaier sont conséquents; mais tous ceux qui admettent

(*q*) Carpzov., Pract. rer. crim., quæst. 11, num. 37-43. Parmi les auteurs modernes, je citerai Püttmann, J. crim., § 339.

(*r*) Ce sont : Martin, Criminalrecht, § 107, 122; Hencke, Lehrbuch, § 165; Jarcke, Handbuch, vol. III, p. 277; Spangenberg, neues Archiv des Criminalrechts, vol. III, p. 28. — Dans cette recherche, on ne paraît pas avoir suffisamment distingué : 1° le fait en lui-même; 2° la volonté contraire à la loi. Si l'on assimile l'enfant non viable à un cadavre, l'opinion de Mittermaier est fondée, et la volonté est indifférente; si, au contraire, on le regarde comme une créature humaine vivante, alors il faut apprécier la volonté. Si l'agent connaissait la non-viabilité, sa détermination est moins coupable que s'il eût voulu supprimer l'existence d'un enfant capable de vivre. Sous ce point de vue, l'opinion de Carpzov pourrait se défendre contre le reproche d'une transaction arbitraire.

une pénalité, soit ordinaire, soit extraordinaire, ne le sont pas, et voilà la nouvelle inconséquence que je voulais faire ressortir.

Si, d'après les motifs que je viens de développer, la doctrine de la viabilité, comme condition de la capacité, doit être rejetée complétement, on pourrait croire que c'est une invention des jurisconsultes modernes, et que les Romains n'en ont eu aucune idée ; mais en fait ils l'ont très-bien connue. Si des auteurs étrangers à la science du droit n'ont pas toujours suffisamment distingué les diverses questions que comporte le sujet, et surtout celles-ci : après combien de jours écoulés depuis la conception l'enfant né vivant est-il viable ? et, quel est le terme le plus long de la grossesse? cette confusion ne doit pas nous surprendre. Voici les passages des auteurs anciens qui touchent au côté juridique de ces questions.

Plinius, Hist. nat., lib. VII, c. 4 (Al. 5) : « Ante septimum mensem haud unquam *vitalis est*. Septimo non nisi pridie posteriore plenilunii die aut interlunio concepti nascuntur. Tralatitium in Ægypto est et octavo gigni. Jam quidem et in Italia tales partus *esse vitales*, contra priscorum opiniones..... Masurius auctor est, L. Papirium prætorem, secundo herede lege agente, bonorum possessionem contra eum dedisse, quum mater partum se XIII mensibus diceret tulisse, quoniam nullum certum tempus pariendi statum videretur. »

Ici le mot *vitalis* est répété deux fois ; mais je ne pense pas qu'il désigne la capacité d'un être vivant de prolonger son existence. Comme il est pris indifféremment pour *nasci* et *gigni*, il a plutôt le sens général de *naître vivant*, sans la distinction subtile de *viable*. Voilà donc le sens de ce passage : Un enfant ne peut naître vivant avant le septième mois depuis la conception : s'il vient au monde pendant le septième mois, il faut que la conception se rapporte à certaines épo-

ques déterminées par la lune. En Égypte, on a toujours cru qu'un enfant pouvait naître au huitième mois; cette opinion n'a été adoptée en Italie que de nos jours. — La décision du préteur Papirius se rapporte à une tout autre question, celle de savoir quelle est la durée la plus longue de la grossesse, afin de déterminer si un enfant est né du mariage. D'après cette explication, on voit que ce passage est étranger à notre sujet.

Gellius, lib. III, c. 16 : « De partu humano.... hoc quoque venisse usu Romæ comperi : Feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense, post mariti mortem, peperisse; factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent : sed D. Hadrianum, causa cognita, decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse; idque ipsum ejus rei decretum nos legimus... Memini ego Romæ accurate hoc atque sollicite quæsitum, negotio non rei tunc parvæ postulante, *an octavo mense* infans ex utero *vivus editus et statim mortuus jus trium liberorum supplevisset; quum abortio quibusdam, non partus videretur mensis octavi intempestivitas.* » (Vient ensuite, cité textuellement, le passage de Pline sur le préteur L. Papirius.)

Le procès relatif au onzième mois n'appartient pas à notre sujet, mais celui relatif au huitième mois est très-remarquable, car il rentre précisément dans notre question. Un enfant meurt aussitôt après sa naissance; une des parties prétend qu'étant né au huitième mois, il n'était pas viable, et que dès lors il doit être réputé mort-né. Malheureusement Aulu-Gelle ne rapporte pas la sentence. N'oublions pas d'observer que le procès n'avait pas pour objet la capacité de l'enfant, mais le *jus liberorum* de la mère. Nous pouvons ajouter avec beaucoup de vraisemblance qu'il ne s'agissait pas pour la mère de l'exemption d'une peine, car alors les

monstra étaient comptés, et certainement aussi les enfants mort-nés (*s*), mais d'un privilége attaché au *jus liberorum*.

Enfin, le texte le plus important est celui où Paul énumère les conditions que doit réunir la femme pour hériter en vertu du Sc. Tertullianum, et c'était là un des principaux priviléges attachés au *jus liberorum*.

Paulus, lib. IV, tit. 9, ad Sc. Tertullianum, § 1 : « Matres tam ingenuæ, quam libertinæ, ut jus liberorum consecutæ videantur, ter et quater peperisse sufficit, dummodo *vivos et pleni temporis* pariant. »

§ 5. « Septimo mense natus matri prodest : ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut *aut septimo pleno, aut decimo mense* partus maturior (*t*) videatur. »

Ce texte se rapporte spécialement à la viabilité ; car il parle des enfants *vivos et pleni temporis*, reconnaissant ainsi qu'il peut y en avoir de vivants sans être viables. On ne saurait prétendre que *pleni temporis* est pris ici dans le sens de *superstites*, vivants à l'époque où s'ouvre la succession, car Paul dit ailleurs précisément le contraire (*u*) ; ni qu'il s'agit d'enfants légitimes, et que *plenum tempus* se rapporte à la présomption de la conception pendant le mariage, car on n'avait pas égard à la légitimité des enfants lorsqu'il s'agissait du *jus liberorum*, et surtout du droit de succession réciproque existant entre la mère et ses enfants (*v*). — Ainsi, Paul entend sans doute que, pour compter à la mère, chacun des enfants doit être né vivant, et de plus, d'après la durée de la grossesse, viable (*pleni temporis*). Il admet donc évidemment que la durée insuffisante de la grossesse sera

(*s*) Voyez plus haut, § 61, note *s*.

(*t*) On lit dans l'éd. princeps (Paris, 1525), *maturus*. Cette leçon est plus simple et plus naturelle que celle de *maturior*, mais elle n'a aucune influence sur notre question.

(*u*) Paulus, IV, 9, § 9.

(*v*) Paulus, IV, 10, § 1.

établie ou par un rapport d'experts, ou par la confession de la mère qui peut être admise à déposer contre ses intérêts.

Maintenant, quel est le temps exigé par Paul comme *plenum tempus?* Il nous le dit clairement au § 5 : l'enfant doit être né au plus tôt pendant le septième mois, c'est-à-dire que la grossesse doit avoir duré plus de six mois pleins, et cet exposé de la pratique du droit s'accorde parfaitement avec le minimum fixé pour la présomption de la paternité, d'après le témoignage d'Ulpien et de Paul lui-même (note *e*), c'est-à-dire cent quatre-vingt-deux jours. Jusqu'ici tout est clair et conséquent; mais la grande difficulté vient de ce qu'au § 5 Paul veut appuyer la règle des sept mois sur l'autorité de Pythagore. Pythagore, dit-il, nous apprend qu'un enfant naît à terme *aut septimo pleno, aut decimo mense*. Ces mots ne s'accordent pas avec ceux qui précèdent, ni avec la règle citée tout à l'heure, d'après laquelle le septième mois commencé suffit. C'est pourquoi Noodt propose une correction, confirmée depuis par un manuscrit : *ut aut septimo, aut pleno decimo mense* (*w*). Ainsi on établit une harmonie apparente entre ce texte et la règle d'Ulpien sur la latitude de cent quatre-vingt-deux à trois cents jours; une harmonie apparente, car *pleno decimo mense* ne signifie pas pendant tout le cours du dixième mois, soit au commencement, soit au milieu, soit à la fin, ce qui serait conforme à la règle d'Ulpien, mais précisément à la fin du dixième mois (*completo decimo mense*); de sorte qu'au milieu du dixième mois l'enfant ne naîtrait pas viable.

Il faut chercher ailleurs la solution de la difficulté. Ces mots : *aut septimo pleno, aut decimo mense*, ne se rapportent pas au droit en vigueur, mais seulement à l'opinion de Pythagore, et par bonheur nous trouvons cette opinion clai-

(*w*) Noodt ad Pandectas, lib. I, tit. VI. — La leçon du manuscrit est rapportée dans l'éd. in-4° de Bonn, Appendix, p. 187.

rement développée dans un autre auteur (x). Suivant Pythagore, un enfant ne peut naître viable qu'à deux jours fixes, jamais pendant le temps intermédiaire, savoir : deux cent dix jours (*aut septimo pleno*), ou deux cent soixante-quatorze jours (*aut decimo mense*) depuis la conception. A l'une de ces époques se rapporte le *minor partus* ou *septemmestris*, à l'autre le *major* ou *decemmestris*. A l'appui de cette opinion vient un calcul très-bizarre et très-compliqué, mais tellement exact, qu'il ne peut y avoir eu de méprise sur le sens de Pythagore. On voit par l'identité des résultats que Paul a entendu de même cette doctrine, surtout par la répétition du mot *aut*, qui désigne très-bien une alternative entre deux jours déterminés, et non les deux termes d'une époque y compris l'intervalle entre ces deux termes.

Si l'on compare la règle de Pythagore avec celle du droit romain reconnue par Paul, on y trouve une différence complète. Pythagore n'admet la viabilité qu'au deux-cent-dixième jour; le droit romain, et Paul lui-même, dans notre texte, l'admet un mois plus tôt et non pas seulement à un jour déterminé. Ainsi Paul, en invoquant l'autorité de Pythagore, a fait montre d'une érudition superflue et inintelligente : inintelligente, car la règle de Pythagore et celle du droit romain sont tout à fait dissemblables, et, d'après Paul lui-même, n'ont entre elles rien de commun que les mots *septimo mense*, mais pris dans une acception différente.

Voici ce qui résulte de cette recherche. Paul dit qu'un enfant vivant, mais non viable, c'est-à-dire né avant le septième mois commencé, ne doit pas être compté à la mère pour obtenir le bénéfice du Sc. Tertullianum. On pourrait croire que c'est là une opinion particulière à ce jurisconsulte; mais je ne le pense pas, car Aulu-Gelle parle d'un procès relatif à un enfant né au huitième mois. Je crois

(x) Censorinus, de Die natali, cap. 11. Lachmann m'a signalé cette explication de Paul par Censorinus. Schulting la cite, mais sans en faire usage.

plutôt que la règle, d'abord incertaine, aura plus tard été fixée dans ce sens que l'enfant né avant le septième mois de la grossesse devait seul n'être pas compté; mais dans Paul et dans Aulu-Gelle, cette règle n'est invoquée que comme fondement du *jus liberorum*, et en ce qui touche les priviléges : du moins cela est certain dans Paul, sinon dans Aulu-Gelle; et, au contraire, nous n'avons aucun motif de croire que Paul ou tout autre jurisconsulte romain ait jamais exigé la viabilité comme condition de la capacité d'un enfant né vivant (*y*).

Maintenant, par rapport au droit Justinien, que résulte-t-il de tout cela en faveur de la doctrine ordinaire de la viabilité? rien absolument, et même un argument de plus contre les partisans de cette doctrine. Du temps de Justinien, il n'était plus question du *jus liberorum;* avant lui, nous ne voyons pas que la viabilité ait jamais été exigée comme condition de la capacité de l'enfant. Si, par hasard, quelques jurisconsultes avaient anciennement soutenu cette opinion, il est certain que les compilateurs l'ont rejetée; car, loin de l'insérer dans leurs recueils, ils ont établi la règle contraire dans les termes les plus formels (*z*).

Il est difficile d'exposer les opinions et les arguments des auteurs relativement à cette question, parce que la plupart d'entre eux ne se l'expliquent pas clairement. Ainsi, ils confondent sans cesse la viabilité, comme condition de la capacité du droit, et la présomption de la paternité, et ils ne distinguent pas la double influence que peut exercer l'avis des médecins, lorsqu'on demande : 1° si un enfant mort immédiatement après sa naissance a eu la capacité du droit;

(*y*) Quand Paul dit ailleurs : Septimo mense nasci perfectum partum (note *e*), ces mots, *perfectum partum*, ont un double sens : celui de *vivum* et *vitalem*, vivant et viable. Mais d'après la suite du texte on voit qu'il s'agit de la présomption de paternité, et la viabilité est tout à fait en dehors de cette question.

(*z*) L. 2, 3, C. de posthumis (VI, 29).

2° si un enfant est né du mariage (*aa*). Suivant moi, les médecins n'ont rien à décider dans aucun de ces deux cas ; car, d'un côté, l'enfant mort immédiatement après sa naissance a toujours la capacité du droit, et, de l'autre, le droit positif a établi des règles invariables, précisément sans doute pour prévenir le danger des jugements individuels (*bb*). Mais, quelle que soit l'opinion que l'on adopte, il faut reconnaître qu'on ne peut approfondir ces questions, à moins de les distinguer nettement. Nul n'a poussé aussi loin que Glück la confusion des idées ; mais, comme à son ordinaire, il se recommande par ses nombreuses citations d'auteurs, tant médecins que jurisconsultes (*cc*).

Parmi les partisans déclarés de la doctrine de la viabilité, on peut compter :

1° Alph. a Caranza, de Partu naturali et legitimo, cap. 9. Il pose en principe, et sans discussion, la viabilité comme condition de la capacité; puis il traite la question de savoir à quel mois de la grossesse commence la capacité. Après avoir supposé gratuitement de nombreuses controverses entre les

(*aa*) Dans un procès sur la légitimité, la viabilité est rarement mise en question, car quelquefois l'enfant est partie au procès, ou bien il a vécu assez longtemps pour que sa viabilité ne puisse être raisonnablement contestée; néanmoins, dans certains cas exceptionnels, les deux questions pourraient se trouver réunies. Je suppose qu'un homme meure quelques mois après son mariage, que, peu de temps ensuite, sa veuve accouche, et que l'enfant vive seulement un jour. Si la veuve, prétendant que la succession du mari a été acquise *ipso jure* à l'enfant, se présente pour lui succéder, il peut y avoir deux questions à résoudre : 1° L'enfant était-il viable, et par conséquent capable du droit ? 2° D'après l'époque de sa naissance, l'enfant est-il présumé né du mariage, et par conséquent héritier du mari ? Même dans cette espèce, les deux questions restent parfaitement distinctes, et doivent être résolues d'après des principes tout différents.

(*bb*) Voyez plus haut, note *h*. — Ici encore il y a, parmi les auteurs modernes, une grande diversité d'opinions, et le plus souvent ils confondent cette question avec celle de la viabilité.

(*cc*) Glück, vol. II, § 115, 116; vol. XXVIII, § 1287, *e*.

anciens jurisconsultes et des variations dans la jurisprudence, il se tire péniblement des difficultés qu'il s'est créées lui-même, et il arrive enfin, num. 37, 38, à cette conclusion singulière, que les enfants nés pendant le cinquième et le sixième mois de la grossesse sont viables et capables du droit; mais non pas ceux nés pendant le troisième et le quatrième mois.

2° G. E. Oeltze, de Partu vivo vitali et non vitali, Jenæ, 1769. Il soutient ouvertement le principe que l'enfant non viable, c'est-à-dire né avant le septième mois, n'a pas la capacité du droit. On trouve dans son livre des idées claires et de bons renseignements littéraires. Mais les raisons qu'il donne, à l'appui de son système, sont extrêmement faibles; en voici le résumé :

a) Un enfant non viable ne peut être d'aucune utilité aux autres hommes, et dès lors doit être considéré comme mort-né (§ 15).

b) L. 12, de statu hom. (I, 5). Il explique : septimo mense nasci *perfectum* partum, par *vitalem*, interprétation que ces mots pourraient admettre, si elle n'était réfutée par le reste du texte (voy. note *y*). Pour échapper à cette objection, il applique à la capacité du fils ces mots, *justum* filium esse, qui désignent évidemment sa légitimité, sa naissance ex justis nuptiis (§ 16).

c) La L. 2, C. de posthumis (VI, 29), porte que l'*abortus* n'a aucuns droits : dès lors l'enfant non viable n'a aucuns droits, car il est un *abortus* (§ 19).

d) La L. 3, C. de posthumis (VI, 29), établit comme condition, si vivus *perfecte* natus est, c'est-à-dire s'il naît viable (§ 21). Mais *perfecte* natus est opposé, non pas à l'enfant né avant terme, mais à celui qui n'est pas complétement séparé de sa mère. Quand ce sens ne ressortirait pas des termes mêmes, il serait mis hors de doute par cette répétition : si vivus ad orbem *totus* processit.

3° Haller (voy. note *k*) admet la nécessité de la viabilité, mais d'après les nombreux témoignages des jurisconsultes, et, à ce qu'il paraît, à contre-cœur, et (p. 321, note *q*) il donne une liste des partisans de l'opinion adverse.

4° Hofacker, t. I, § 237, refuse la capacité à l'enfant non viable et l'assimile à l'enfant mort-né.

D'un autre côté, les vrais principes ont toujours trouvé des défenseurs; parmi eux on peut compter Caranza, que j'ai cité comme leur adversaire, si l'on tient au résultat purement pratique : car s'il refuse la capacité aux enfants non viables, il admet en réalité la capacité pour tous les cas vraiment douteux, puisqu'il déclare viables les enfants nés au cinquième et au sixième mois. — Il y a aussi beaucoup d'auteurs qui posent en principe que tout enfant né vivant a la capacité du droit indépendamment de la viabilité. Je nommerai parmi les anciens auteurs :

Carpzov, Jurisprudentia forensis, P. 3, Const. 17, def. 18.

Parmi les modernes : J. A. Seiffert, Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Privatrechts Abtheil., I; Würzburg, 1820, p. 50-52. Seiffert reconnaît la différence existant entre la présomption de la paternité et les conditions de la capacité, et il nie formellement que la viabilité soit une de ces conditions; mais il ne développe pas assez cette doctrine, et il ne la montre pas sous ses différentes faces, seul moyen de prévenir le retour des anciennes erreurs.

Vangerov, Pandecten, p. 55, se déclare aussi pour les vrais principes.

Voici en cette matière les dispositions des législations modernes. Le code prussien n'admet pas la doctrine de la viabilité, et il attache la capacité du droit au seul fait de la naissance, tant en droit civil (I, 1, § 12, 13) qu'en droit criminel (II, 20, § 965, 968, 969). — Le code civil français pose la viabilité comme condition de la capacité. L'enfant né vivant, mais non viable, ne peut succéder ab

intestat, ni recevoir entre-vifs ou par testament (art. 725, 906). Le mari peut désavouer l'enfant né avant le cent-quatre-vingtième jour du mariage, mais il perd cette faculté *si l'enfant n'est pas déclaré viable* (art. 314). — Le code pénal n'a aucun égard à la viabilité.

Aux questions que je viens de traiter s'en rattachent intimement deux autres, dont j'ai différé de parler jusqu'ici, afin de ne pas rompre l'unité de cette recherche.

La première concerne l'application aux enfants naturels des présomptions établies par le droit romain sur la durée de la grossesse. Cette question était étrangère au droit romain, parce qu'il ne reconnaissait pas la filiation des enfants naturels, et ne les regardait pas comme cognats de leur père. Le droit nouveau renferme quelques dispositions sur les enfants nés d'une concubine, mais toujours il suppose que le père lui-même les avoue, et ici encore il n'y avait pas lieu à la présomption de paternité. Mais, dans les États modernes de l'Europe, la pratique, dérogeant au droit romain, donne aux enfants naturels des droits à réclamer contre leur père. Les jurisconsultes ont essayé de rattacher cette innovation à la présomption du droit romain, en posant la règle suivante : Quand un homme reconnaît ou est convaincu d'avoir eu avec une femme des rapports intimes pendant les quatre mois écoulés depuis le cent-quatre-vingtième jusqu'au trois-centième jour à partir de son accouchement, l'enfant peut l'actionner comme son père, et les réclamations de la mère sont aussi fondées sur le même principe. La nécessité contraignit d'adopter cette mesure comme seul moyen de résoudre la difficulté, mais il ne faut pas se faire illusion et croire qu'il y ait ici analogie véritable du droit romain. La présomption du droit romain repose sur la dignité du mariage, dont la sainteté couvre tous les événements accomplis sous son empire. Mais quand on établit un rapport de causalité entre le fait de la cohabitation et l'accouchement ar-

rivé cent quatre-vingts ou trois cents jours ensuite, cette présomption a un caractère bien différent. Poussée à ses dernières conséquences, elle n'est pas même soutenable, car elle implique qu'un enfant peut avoir été engendré par plusieurs pères (note *d*). Il faut donc reconnaître que cette présomption est arbitraire, mais commandée par la nécessité.

La seconde question roule sur la manière dont le même point a été traité dans les législations modernes. La plupart adoptent la présomption du droit romain, sauf quelques modifications.

La loi française suit de très-près le droit romain. Elle établit la présomption depuis le cent-quatre-vingtième jusqu'au trois-centième jour, et n'admet contre cette présomption que la preuve d'une impossibilité physique. Le mari ne peut désavouer l'enfant né avant le cent-quatre-vingtième jour du mariage, quand sa reconnaissance résulte de certains faits (art. 312-315). La recherche de la paternité est interdite aux enfants naturels.

Le code autrichien établit la présomption du droit romain entre le sixième et le dixième mois, sans ajouter, ce qui néanmoins est dans son esprit, que la présomption ne cède qu'à la preuve d'une impossibilité physique. Dans le cas où la naissance est antérieure ou postérieure au délai légal, il ordonne de prendre l'avis des médecins sur la légitimité de l'enfant (§ 138, 155, 157). La même présomption vaut pour les enfants naturels, quand la naissance a lieu entre le sixième et le dixième mois depuis la cohabitation prouvée (§ 163).

Le code prussien est celui qui s'éloigne le plus du droit romain; mais, quant à sa disposition principale, cette déviation semble résulter d'une fausse interprétation de la loi romaine. L'enfant est présumé légitime *s'il est né ou conçu pendant le mariage* (II, 2, § 1); ainsi la présomption s'ap-

plique également à l'enfant né un mois ou neuf mois depuis le mariage *(dd)*; elle cède seulement à la preuve que depuis le trois-cent-deuxième jour jusqu'au deux cent dixième jour avant la naissance, le mari n'a eu avec la femme aucun rapport conjugal, et par là il faut entendre l'impossibilité de la cohabitation (ib., § 2-6). Si un enfant naît après la mort du mari, les héritiers peuvent opposer l'avis des médecins à la présomption des trois cent deux jours (§ 21). Dans le cas de deux mariages contractés à de courts intervalles, on suit la règle des deux cent soixante-dix jours (§ 22, 23). Relativement aux enfants naturels, il y a présomption de paternité quand la cohabitation a eu lieu entre le deux-cent-dixième jour et le deux-cent-quatre-vingt-cinquième jour avant la naissance; même dans le cas où la cohabitation est postérieure aux deux cent dix jours, la paternité peut être admise d'après l'avis des médecins (II, 1, § 1077, 1078).

(dd) Telle est l'opinion du législateur, et elle se fonde sur un principe de droit romain mal entendu. On peut s'en convaincre par cette remarque de Suarez, vol. 80, fol. 81 des matériaux : « La règle : Pater est quem justæ nuptiæ demonstrant, s'applique également soit que l'enfant naisse vingt-quatre heures ou six mois après le mariage. » Néanmoins, l'expression employée à la fin du § 2 est mal choisie, car le mari peut opposer à cette présomption la preuve « que dans l'intervalle écoulé entre le deux-cent-dixième et le trois-cent-deuxième jour avant la naissance de l'enfant, il n'a pas vécu maritalement avec la femme. » Si donc l'enfant naît « vingt-quatre heures après la célébration du mariage, » le mari ne peut avoir vécu *maritalement* avec sa femme 210 jours avant la date de l'acte de baptême. Mais on entendait et l'on voulait dire, si pendant cet intervalle il n'y a pas eu cohabitation. — On pourrait essayer de justifier le législateur en disant que si la naissance a lieu peu de temps après le mariage, le mari a nécessairement connu la grossesse et dès lors avoué la paternité. Mais cette présomption n'est pas toujours admissible, car l'on cite des exemples de tromperies grossières; et l'erreur se conçoit aisément si la naissance n'a lieu que cinq ou six mois après le mariage.

APPENDICE IV.

DES EFFETS DES OBLIGATIONS CONTRACTÉES PAR LES ESCLAVES ROMAINS.

(§ LXV, note *i*.)

Quand un esclave romain faisait des actes qui, pour un homme libre, auraient donné naissance à des obligations, il pouvait être question de l'efficacité de ces actes dans deux circonstances très-différentes, pendant la durée de l'esclavage et après l'affranchissement. Pendant la durée de l'esclavage, on ne conçoit pas de *civilis obligatio*, l'esclave étant incapable de comparaître en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur; mais on conçoit une *naturalis obligatio*. Pour déterminer quels étaient en cette matière les principes du droit romain, il faut résoudre deux questions fondamentales : l'esclave pouvait-il acquérir des créances ? pouvait-il contracter des dettes ? En d'autres termes, l'esclave pouvait-il être créancier ? pouvait-il être débiteur ?

I. Créances des esclaves.

En principe, l'esclave, par ses actes juridiques, acquérait toujours et nécessairement pour son maître, et dès lors aucune acquisition ne pouvait reposer sur sa tête. Le motif de cette incapacité s'appliquait aussi bien à une *naturalis* (*a*)

(*a*) Quelques textes pourraient faire naître des doutes sur cette partie de la règle relative à la *naturalis obligatio*; j'en donnerai l'explication dans la note *h*.

qu'à une *civilis obligatio*. Mais là où ce motif ne subsiste pas, l'esclave peut exceptionnellement devenir créancier. Il y a lieu à cette exception, d'abord pour l'esclave sans maître, et ensuite pour tous les contrats passés entre l'esclave et le maître lui-même; car celui-ci, étant débiteur, ne peut être à la fois créancier. Dans ces deux cas, l'esclave acquérait une *naturalis obligatio*, qui restait *naturalis* même après l'affranchissement, et ne se changeait jamais en *civilis obligatio*. De ces deux exceptions, la seconde est la seule dont nous ayons la preuve : quant à la première, elle résulte suffisamment de l'ensemble des principes sur la matière. — Je vais maintenant citer les principaux textes relatifs tant à la règle qu'à l'exception.

La règle ne se trouve exprimée que dans un texte qui en fait l'application à une espèce remarquable. C'est la L. 7, § 18, de pactis (II, 14). Un esclave avait été, sous condition, affranchi par testament et institué héritier. Avant l'accomplissement de la condition, et ainsi pendant la durée de l'esclavage, il fait un accord avec les créanciers du défunt. La condition une fois accomplie, l'esclave affranchi et héritier peut-il opposer aux créanciers l'*exceptio pacti* résultant de ce contrat? Ulpien décide que non, d'après ce motif : « quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, « post libertatem : quod in pacti exceptione admittendum « est. » Voici donc notre règle formellement posée et appliquée à l'acquisition d'une simple exception résultant d'une *naturalis obligatio*. Mais ensuite vient une explication remarquable, qui dans la réalité mène à un résultat tout contraire. L'esclave devenu libre atteint son but sous la forme de la *doli exceptio*. Cela est confirmé par l'exemple du fils de famille, qui, du vivant de son père, avait fait un accord avec les créanciers de ce dernier, et qui plus tard, devenu héritier, peut opposer aux créanciers, non pas l'*exceptio pacti*, mais la *doli exceptio*. « Idem probat, et si filius vivo patre

« cum creditoribus paternis pactus sit : nam et huic doli « exceptionem profuturam. Immo et in servo doli exceptio « non est respuenda. » On voit d'après cela que l'esclave a la *doli exceptio*, quand bien même il aurait contracté du vivant de son maître, et à bien plus forte raison cette exception lui profite quand le contrat est fait après la mort du maître, mais avant l'accomplissement de la condition mise à l'affranchissement et à l'institution d'héritier (*b*). Dans l'*exceptio doli* admise par le jurisconsulte, il ne faudrait pas, suivant moi, voir une dérogation, ou du moins une exception à notre règle. En effet, la seule base de la *pacti exceptio* est le *pactum* fait pendant la durée de l'esclavage, et ce pacte ne doit pas produire d'effet; car, d'après la règle, l'esclave ne peut acquérir d'obligation. Si donc la *doli exceptio* reposait sur un fait accompli à l'époque du contrat, c'est-à-dire pendant la durée de l'esclavage, la *doli exceptio* serait également inadmissible, car l'esclave ne pouvait alors acquérir un droit se rattachant à une *doli obligatio* pas plus que tout autre droit. Mais ce qui donne lieu à l'exception est la mauvaise foi du créancier, qui, après avoir consenti à une réduction sur sa créance, en réclame la totalité. Or, ce

(*b*) Tel est le cas exprimé au cummencement du texte et sur lequel roule la discussion d'Ulpien : « Sed si servus sit, qui paciscitur priusquam libertatem et « hereditatem adipiscatur, quia sub conditione heres scriptus fuerat, non profu- « turum pactum Vindius scribit. » (La liberté était également conditionnelle, car plus loin on lit : « Sed si quis, ut supra retulimus, in servitute pactus est. ») Mais comme l'esclave institué héritier conditionnellement, s'il est institué *ex asse*, est quelquefois considéré comme sans maître, on pourrait demander si ce cas ne rentre pas dans l'exception que pose le texte, et d'après laquelle l'esclave sans maître a capacité pour devenir créancier. A cela deux réponses : 1° Ulpien ne dit pas que l'esclave ait été institué *ex asse;* mais s'il avait pour cohéritier un homme libre, celui-ci était pendant l'intervalle le maître véritable et actuel de l'esclave; 2° quand même l'esclave eût été institué *ex asse*, on pourrait encore considérer, pendant l'intervalle, la succession elle-même comme maîtresse de l'esclave, d'après ce que j'ai dit en parlant des personnes juridiques (§ 102).

fait s'accomplit à une époque où l'esclave, devenu libre, est capable d'acquérir toutes les obligations, et de ce que l'ancien contrat était nul en droit positif, à cause de l'incapacité de l'esclave, la mauvaise foi en elle-même, c'est-à-dire l'acte immoral, n'en subsiste pas moins.

J'ai dit que l'esclave acquiert une *naturalis obligatio* quand le maître lui-même est débiteur. Cette exception se montre sous une double face et a d'importantes applications. D'abord, pendant la durée de l'esclavage, lorsque, vis-à-vis de créanciers étrangers, il s'agit de déterminer la quotité du pécule. D'après une règle commune aux enfants et aux esclaves, on imputait sur le pécule les dettes du maître envers l'esclave, et on en déduisait les dettes de l'esclave envers le maître (*c*). Ici donc les obligations réciproques étaient considérées comme parfaitement valables, mais à titre de *naturales obligationes*, et le pécule était évalué comme si ces dettes eussent été payées comptant. L'arbitraire du maître se trouvait dès lors nécessairement exclu, et, quant à l'existence et à la validité des dettes, on suivait les règles ordinaires du droit civil (*d*). — Après l'affranchissement, l'exception produit ses effets; car le maître ne peut réclamer comme *indebitum* la somme par lui payée, alors même qu'il se serait trompé sur la nature de sa dette (*e*). — Il n'y avait

(*c*) L. 5, § 4; L. 9, § 2, de peculio (XV, 1). — C'est une application de cette *deductio* au *filiusfamilias* qui fait le principe d'une loi célèbre, la loi *frater à fratre* (L. 38, de cond. ind., XII, 6). — Indépendamment de l'*actio de peculio*, la L. 3, § 2, de statulib. (XL, 7), nous en donne un autre exemple dans le payement de la somme que le *statuliber* a amassée sur son pécule, afin d'obtenir la liberté.

(*d*) L. 49, § 2, de peculio (XV, 1) : « Ut debitor vel servus domino, vel « dominus servo intelligatur, *ex causa civili computandum est* : ideoque si « dominus in rationes suas referat, se debere servo suo, cum omnino neque « mutuum acceperit, neque ulla causa præcesserat debendi, *nuda ratio non* « *facit eum debitorem.* »

(*e*) L. 64, de cond. indeb. (XII, 6) : « Si, quod dominus servo debuit, ma-

qu'un contrat qui, en pareil cas, fût absolument nul, la vente faite par le maître à un esclave (*f*). Car la vente d'une chose ayant toujours pour but la tradition, et la tradition faite à l'esclave ne constituant de droits qu'au maître, c'eût été comme si le maître se fût vendu sa chose, ce qui est contraire à l'essence de la vente (*g*).

II. Dettes des esclaves.

Il n'y avait pas ici la même difficulté que pour les créances, car l'esclave pouvait enrichir son maître, et ne pouvait jamais l'appauvrir. Dès lors, les dettes ne remontaient pas jusqu'au maître, hors certains cas spéciaux; celui, par exemple, d'un pécule confié à l'administration de l'esclave. Ainsi, l'esclave contractait valablement des dettes envers

« numisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere « non poterit, quia naturale agnovit debitum. » — L. 14, de O. et A. (XLIV, 7): « Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittuntur obligati remanent: « *ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur sed naturaliter* « *et obligantur et obligant*. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam « dederat, manumisso solvam, liberor. » Les mots *et obligant*, de ce texte, d'après les motifs de ce texte même, sont en corrélation avec les mots *et obligantur*, ainsi donc ils se rapportent uniquement aux créances contre le propre maître de l'esclave et non contre toute autre personne (note *a*). De même, dans l'exemple rapporte à la fin, après les mots *si servo*, il faut sous-entendre *meo*. — Les L. 18, 19, 32, 35, de solut. (XLVI, 3), décident que le débiteur est libéré quand il paye à un affranchi dont il ignore la manumission. Ces lois n'appartiennent pas à notre sujet. La validité du payement ne tient pas à une *naturalis obligatio* envers l'affranchi, mais à ce que le débiteur était autorisé à croire, d'après les circonstances, que l'affranchi recevait en qualité d'esclave et d'après les ordres du véritable et seul créancier. Zimmern, Rechtsgeschichte, I, § 183, p. 673, s'est trompé sur ce point. (Voy. note *a*.)

(*f*) L. 14, § 3, de in diem addict. (XVIII, 2).

(*g*) L. 16, pr. de contr. emt. (XVIII, 1): « Suæ rei emtio non valet.... « nulla obligatio fuit. » L. 45, pr. de R. J. (L. 17). — Considéré sous une autre face, le contrat serait encore nul, parce que personne ne peut vendre à soi-même, et cette règle annulerait la vente si, par hasard, le maître vendeur n'était pas propriétaire de la chose. L. 10, C. de distr. pign. (VIII, 28). Cf. Paulus, II, 13, § 3, 4.

son maître, comme envers des étrangers; mais toujours son obligation était une *naturalis obligatio*, et elle conservait ce caractère même après l'affranchissement (*h*).

Si donc l'esclave devenait débiteur de son maître, sa dette donnait lieu à la *deductio* sur le pécule dont j'ai déjà parlé, et l'on observait les mêmes règles que dans le cas inverse (notes *c*, *d*).

Le même principe régit les obligations contractées par l'esclave envers un étranger, principe que nous trouvons appliqué et confirmé dans plusieurs textes. Si l'esclave passe un contrat, il ne peut être actionné en vertu de ce contrat, même après l'affranchissement (*i*). Mais ses dettes antérieures ou postérieures à l'affranchissement sont valables en tant qu'une fois payées, elles ne peuvent être répétées au moyen de la *condictio indebiti*, et on peut affecter à leur sûreté une caution ou un gage (*k*). Si l'esclave devenu af-

(*h*) L. 14, de O. et A. (XLIV, 7) (note *e*). — L. 1, § 18, de pos. (XVI, 3). D'après les expressions littérales de plusieurs textes, on pourrait croire qu'il n'y a pas pour l'esclave d'*obligatio* même *naturalis*. § 6, J. de inut. stip. (III, 19); § 6, J. de nox. act. (IV, 8); L. 43, de O. et A. (XLIV, 7); L. 22, pr. de R. J. (L. 17). — Mais voici comment il faut entendre ces textes : on prend souvent les *naturales obligationes* dans le sens d'obligations improprement dites, et, là où elles existent seules, on regarde qu'il n'y a pas d'*obligatio*. L. 7, § 2, de pactis (II, 14); L. 16, § 4, de fidej. (XLVI, 3). *Obligatio* est alors synonyme de donnant lieu à une action.

(*i*) Paulus, II, 13, § 9; L. 1, 2, C. an servus (IV, 14).

(*k*) L. 13, pr. de cond. indeb. (XII, 6) : « Naturaliter etiam servus obligatur : et ideo si quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus, vel (ut Pomponius scribit) ex peculio cujus liberam administrationem habeat, repeti non poterit : et ob id et fidejussor pro servo acceptus tenetur : et pignus pro eo datum tenebitur; et si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneratitia reddenda est. » La leçon adoptée ici, « vel (ut Pomponius scribit) » est celle d'Haloander; celle de la Vulgate « ut Pomponius scribit, vel ex peculio » donne aussi un bon sens. Ces deux leçons désignent deux cas différents, l'un où l'esclave paye après l'affranchissement, l'autre où il paye étant esclave, avec l'argent du pécule dont il a l'administration; car autrement le maître pourrait du moins revendiquer l'ar-

franchi les reconnaît (expromittit), cette reconnaissance n'est pas considérée comme une donation, mais comme l'acquittement d'une dette (*l*).

Peut-être on demandera pourquoi, après l'affranchissement, les dettes de l'esclave demeurent *naturales*, et ne donnent pas lieu à une action. En voici, sans doute, le motif. L'esclave n'ayant pas la capacité de la propriété, les dettes qu'il contractait se rapportaient nécessairement aux biens de son maître; si plus tard de semblables dettes eussent donné lieu à une action contre lui, il y aurait eu dureté, tandis qu'une *naturalis obligatio* avait bien rarement des conséquences fâcheuses. Le même principe explique et justifie plusieurs cas exceptionnels, où l'affranchi pouvait être actionné à raison des dettes contractées par lui comme esclave. Je citerai d'abord l'*actio depositi*, qui se donnait contre l'affranchi, s'il était en possession de la chose (*m*). Il n'y a, en effet, dans son ancienne incapacité, aucun motif pour refuser la restitution promise. La seconde exception se rapporte à l'*actio mandati* et *negotiorum gestorum*, lorsqu'une affaire commencée pendant la durée de l'esclavage, et continuée depuis l'affranchissement, n'était pas de nature à ce que l'on pût séparer dans la demande les faits de l'esclave de ceux de l'affranchi (*n*). La troisième exception est plus importante et se présente plus fréquemment. L'esclave pouvait être poursuivi à raison d'un délit par lui commis étant

gent. La leçon du manuscrit de Florence, où la suppression des deux *vel* réunit d'une manière fort impropre les deux cas en un seul, est tout à fait inadmissible. — Cf. L. 24, § 2, de act. emti (XIX, 1); L. 21, § 2, de fidej. (XLVI, 1); L. 84, de solut. (XLVI, 3).

(*l*) L. 19, § 4, de donat. (XXXIX, 5).

(*m*) L. 21, § 1, depositi (XVI, 3). — Sur le principe de cette exception, voy. § 74, *r*.

(*n*) L. 17, de neg. gestis (III, 5). — Sur le principe de cette exception, voy. § 74, *i*.

esclave (*o*). A la différence du contrat, qui est présumé fait pour l'administration des affaires du maître, le délit résulte uniquement de l'immoralité de l'esclave, et elle doit l'exposer à des poursuites aussitôt qu'il devient capable de paraître en justice. A cette considération s'en joint une autre, tirée du principe de l'action noxale ; tout délit commis par un esclave donnait lieu à une action noxale contre son maître. En cas d'aliénation, l'action se dirige contre le nouveau maître (noxa caput sequitur) ; elle est éteinte si l'esclave est abandonné ou vendu à celui qui souffre du délit (*p*). Il était donc conséquent de donner une action contre l'affranchi lui-même, devenu son propre maître. Nous voyons ce principe appliqué au vol commis par un esclave. Après l'affranchissement, on donne contre lui l'*actio furti*, mais non la *condictio furtiva;* car la première résulte seule du délit, la seconde dérive plutôt de la possession injuste de la chose ; possession qui jamais ne peut être attribuée à l'esclave (*q*). — Le vol commis au préjudice du maître lui-même présente une exception en sens inverse très-remarquable, il ne donne naissance à aucune obligation, et dès lors à aucune action après l'affranchissement (*r*). Le maître avait, sans doute, pour punir les délits de son esclave, des moyens plus efficaces que ceux qu'il eût trouvés dans le droit des obligations.

Les principes que je viens d'exposer ont souffert une exception remarquable, et dont la date ne paraît pas fort

(*o*) L. 14, de O. et A. (note *c*) ; L. 1, § 18, depositi (XVI, 3) ; L. 4, C. an servus (IV, 14) ; L. 7, § 8, de dolo (IV, 3). L'exception était rigoureusement restreinte aux délits, de sorte que, même en cas de *dolus*, l'action résultant du contrat ne pouvait être dirigée contre l'affranchi.

(*p*) § 5, J. de nox. act. (IV, 8) ; L. 20, 37, 38, § 1 ; L. 42, § 2 ; L. 43, de nox. act. (IX, 4).

(*q*) L. 15, de cond. furt. (XIII, 1).

(*r*) § 16, J. de nox. act. (IV, 8) ; L. 6, C. an servus (IV, 14).

ancienne. Si l'esclave promettait à son maître de l'argent pour être affranchi, et qu'ensuite il refusât de le lui donner, on donnait au maître une *actio in factum* (*s*). Sans doute on considérait cela comme un contrat innomé, sous la forme *facio ut des*, et l'on écartait la circonstance que le contrat avait été passé pendant la durée de l'esclavage.

(*s*) L. 3, C. an servus (IV, 14). — Ulpien n'admet pas encore la possibilité de cette action, et il ne donne d'action que contre la caution en vertu de la *naturalis obligatio*. L. 7, § 8, de dolo (IV, 3).

APPENDICE V.

SUR LA CAPACITÉ DE LA *FILIAFAMILIAS* DE CONTRACTER DES DETTES.

(§ LXVII.)

Ulpien dit, en parlant des femmes, qu'elles ne peuvent contracter de dettes sans l'*auctoritas* de leur tuteur ; et Gaius confirme le témoignage d'Ulpien (*a*). De là, Cujas conclut que les filles, sous la puissance paternelle, sont dans l'incapacité absolue de contracter des dettes, puisque le père ne pouvant les autoriser, la condition de l'*auctoritas* n'existe jamais pour elles (*b*). Cette doctrine semble confirmée par analogie de l'impubère, qui peut également contracter des dettes avec l'*auctoritas* de son tuteur, mais ne peut en contracter sous la puissance paternelle, qui n'admet pas l'*auctoritas* (*c*).

(*a*) Ulpian., XI, § 27 : « Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem « in his rebus, si lege aut legitimo judicio agant, *si se obligent*, etc. » On retrouve les mêmes principes dans Gaius, III, § 107, 108 ; I, 192.

(*b*) Cujacius, Obs., VII, 11, ne parle expressément que de la femme mariée *in manu*, et cela s'explique parce qu'il avait en vue de commenter la L. 2, § 2, de cap. min. (IV, 5). (Cf. § 70, note *q*.) Mais le droit de la femme mariée *in manu* était absolument le même que celui de la *filiafamilias* : ainsi donc la doctrine de Cujas s'applique à l'une comme à l'autre, et tout ce qu'il dit de la femme *in manu* est également vrai de la fille sous la puissance paternelle.

(*c*) L. 141, § 2, de V. O. (XLV, 1) : « Pupillus, licet ex quo fari cœperit

Mais cette analogie perd toute sa force si on l'examine de plus près. En effet, l'impubère étant naturellement incapable de tous les actes juridiques qui pourraient le rendre plus pauvre l'*auctoritas* du tuteur remédie artificiellement à cette incapacité naturelle, mais seulement là où le besoin s'en fait sentir. Or, ce besoin existe pour l'impubère indépendant qui est propriétaire, et peut dès lors se trouver dans la nécessité de contracter des dettes; mais l'impubère sous la puissance paternelle n'ayant pas de propriété, cette nécessité n'existe jamais pour lui : il n'y a donc jamais besoin de remédier artificiellement à son incapacité naturelle.

Il n'en est pas de même des femmes pubères. Elles aussi étaient incapables de plusieurs actes; mais c'était là une incapacité artificielle inventée, non dans leur propre intérêt, mais dans l'intérêt exclusif de leurs agnats ou patrons, afin de leur permettre de prévenir dans la plupart des cas la perte ou la diminution de la succession *ab intestat* qui devait leur revenir un jour (*d*). Tant qu'elles demeuraient sous la puissance paternelle, de semblables restrictions n'avaient pas d'objet, et il n'y avait aucune raison pour modifier l'état naturel des choses d'après lequel les filles pubères pouvaient contracter des dettes aussi bien que les fils pubères.

Un auteur moderne donne un tour particulier à l'opinion de Cujas, en distinguant les obligations rigoureuses du droit

« recte stipulari potest, *tamen, si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur;* pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias, obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filiafamilias impubere dicendum est. »

(*d*) Gaius, I, § 190-192. D'après son exposé, on voit clairement que le seul but de la tutelle des femmes était en réalité l'intérêt des agnats et des patrons, et que les autres espèces de ce genre de tutelle doivent être considérées comme compléments ou adoucissements de ces deux cas (de la *legitima tutela*).

civil des obligations plus libres. Suivant lui, les premières étaient seules astreintes à la nécessité de l'*auctoritas*, et dès lors impossibles sous l'empire de la puissance paternelle (*e*). Mais Gaius et Ulpien parlent des obligations en général, et ils ne disent pas un mot qui justifie cette distinction, également étrangère à la nature et au but de la tutelle du sexe. En effet, les dettes de la femme résultant d'un emprunt ou d'un contrat de vente n'étaient pas moins dangereuses pour la succession future de l'agnat que celles résultant d'une stipulation (*f*). Je pense donc que les femmes indépendantes avaient besoin de l'*auctoritas* pour contracter une dette quelconque, sans égard à la distinction de l'ancien *jus civile*, et qu'au contraire les *filiæfamilias* pouvaient toujours s'obliger aussi valablement que les *filiifamilias*, c'est-à-dire quand elles avaient atteint l'âge de puberté. Si donc Ulpien, dans le texte cité, soumet les obligations des femmes à la nécessité de l'*auctoritas*, il parle uniquement des femmes ayant ou pouvant avoir un tuteur (*g*), en d'autres termes,

(*e*) Rudorff, Vormundschaftsrecht, vol. I, p. 171; vol. II, p. 273, 274.

(*f*) On pouvait douter que l'*auctoritas* fût également nécessaire pour toute espèce d'engagements (rigoureux ou libres), d'après un passage de Gaius (III, § 91), où il dit en parlant de la dette qui résulte d'un *indebitum* reçu : « *quidam putant*, pupillam *aut mulierem*, cui sine tutoris auctoritate non debitum « per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui da« tione; « lui-même se déclare ensuite contre cette opinion. Il ne s'agissait pas de savoir dans quelle classe l'obligation devait être rangée historiquement, mais l'*auctoritas* était en général destinée à compléter la volonté, et dans le cas d'*indebitum*, l'obligation naissant non pas *ex voluntate*, mais *ex re*, là était la difficulté. Ce cas devait sans doute, à cause de la *condictio*, être considéré comme de droit strict, et le rapprochement du pupille nous empêche surtout de voir là un principe spécial à la tutelle des femmes. — Au reste, Justinien, dans ce cas particulier, a adopté l'opinion contraire à celle de Gaius, et, en supprimant le *quidam*, il a conservé le reste du texte, de sorte que l'on ne retrouve pas dans les Institutes la liaison des idées que Gaius avait très-bien observée. § 1, J. quibus modis re (III, 14).

(*g*) Gaius, III, § 108 : « Idem juris est in feminis, *quæ in tutela sunt*. »

des femmes indépendantes. Cette restriction, loin d'être ajoutée ici arbitrairement, doit être sous-entendue dans tout le titre XI, où Ulpien parle des impubères et des femmes; et s'il ne l'a pas exprimée formellement, c'est que cela se comprenait de soi-même.

Ainsi se présente la chose envisagée en général; mais elle doit ressortir encore plus clairement des applications particulières, où nous verrons si l'obligation d'une *filiafamilias* est possible ou impossible. Nous devrions avoir un assez grand nombre de textes pour que la solution de la question n'ait jamais été douteuse, mais son étroite liaison avec la tutelle du sexe, tombée en désuétude du temps de Justinien, a déterminé les compilateurs à omettre presque tous les passages des anciens jurisconsultes où ce point était traité. En fait, nous ne connaissons qu'un seul cas où la question soit posée directement, mais, par bonheur, d'une manière si claire et si précise, que ce texte suffirait pour lever toute incertitude. Le sc. Macedonianum parle du *filiusfamilias*, et s'exprime comme d'ordinaire au masculin (*h*). Ulpien dit à ce sujet (*i*) : « Hoc sc. et ad filias quoque familiarum pertinet. Nec ad rem pertinet, si adfirmetur ornamenta ex ea pecunia comparasse : nam et ei quoque, qui filiofamilias credidit, decreto amplissimi ordinis actio denegatur : nec interest consumti sint numi, an exstent in peculio. Multo igitur magis, severitate Sc., ejus contractus improbabitur, qui filiæfamilias mutuum dedit. » Si donc le prêt d'argent fait à une fille de famille rentre dans l'exception du sénatus-consulte, il fallait qu'auparavant il y eût une action contre elle, et qu'en général la fille fût capable de contracter des dettes.

(*h*) L. 1, pr. de sc. Mac. (XIV, 6).

(*i*) L. 9, § 2, de sc. Mac. (XIV, 6). Les mêmes principes, sauf la différence de rédaction, se retrouvent aux § 6, 7, J. quod cum eo (IV, 7).

Ce texte tranche, à mes yeux, la question; mais je ne veux omettre aucune des objections que l'on pourrait élever. D'abord, on pourrait prétendre que notre texte n'est pas d'Ulpien, mais de Tribonien, qui aurait voulu ne laisser aucunes traces de la tutelle du sexe. Sans doute, personne n'ira jusqu'à dire que le texte entier soit supposé; mais peut-être Ulpien a-t-il expressément parlé de l'exception du père contre l'*actio de peculio*, et les compilateurs auront retranché la restriction. Les Institutes (note *i*) disent, il est vrai, que l'exception profite à la fille comme au père; mais les Institutes sont, en général, un ouvrage nouveau. — L'interpolation aurait quelque vraisemblance, si nous savions par d'autres témoignages que la fille elle-même était incapable de s'obliger. Mais comme ces témoignages nous manquent, et que les principes généraux favorisent la présomption contraire, on ne saurait, sans violer les règles de la critique, admettre gratuitement une interpolation dans un passage dont l'authenticité ne semble pas suspecte, uniquement pour favoriser une opinion arrêtée d'avance, et qui ne s'appuie sur aucun autre texte.

Ensuite, on pourrait dire qu'Ulpien avait en vue les femmes que la naissance de trois enfants exempte de toute tutelle. Mais nous ne voyons nulle part que le *jus liberorum* ait jamais été appliqué aux filles sous la puissance paternelle; car il n'aurait eu pour elles ni sens ni but. Le *jus liberorum* donnait aux femmes indépendantes la capacité d'acquérir par divers moyens, et la libre disposition de leurs biens. Or, la *filiafamilias* ne pouvant jamais acquérir pour elle-même ni disposer de ses biens, puisqu'elle n'en avait pas, ce droit se serait réduit au singulier privilége d'avoir des dettes, capacité que leur refuse l'opinion contraire.

Je vais passer rapidement en revue quelques textes relatifs à cette question.

1) Vat. Fragm., § 99 : « P. respondit : Filiamfamilias ex

dotis dictione obligari non potuisse. » On pourrait voir là une simple application du principe général de l'incapacité des dettes, qui, dès lors, se trouverait confirmé. Mais si l'on réfléchit que la *doctis dictio* était une institution d'une nature toute spéciale, réservée uniquement à la femme, à son débiteur, à son père et à son aïeul (*k*), on reconnaîtra que cette argumentation n'aurait pas la moindre vraisemblance.

2) Les derniers mots de la L. 141, § 2, de V. O. (note *c*), déclarent incapables de contracter des dettes la *filiafamilias impubes* et le *pupillus in parentis potestate.* Cette assimilation ne prouve directement rien quant aux femmes pubères dont nous nous occupons ici ; mais elle ajoute à la probabilité de l'opinion que là où il n'y avait pas lieu à la tutelle du sexe, les filles et les fils étaient mis sur la même ligne. Un auteur moderne a prétendu que les derniers mots de ce texte étaient interpolés, et que Gaius (l'auteur du fragment) avait écrit : « Idem et in filiafamilias *pubere* dicendum est (*l*). » Ainsi conçu, ce texte établirait directement le système que je combats, et si ce système reposait sur d'autres témoignagnes, la rectification pourrait servir à concilier avec eux le fragment de Gaius. Mais, en l'absence de ces témoignages et en présence des arguments contraires, on ne saurait commencer par admettre gratuitement une interpolation dans le texte de Gaius, puis invoquer comme témoignage historique le texte ainsi recomposé.

3) L. 3, § 4, commodati (XIII, 6) : « Si filiofamilias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit : cum filio autem familias ipso et directo quis poterit. Sed et

(*k*) Ulpian., VI, § 2.

(*l*) Rudorff, Vormundschaftsrecht, vol. I, p. 171. Il fait surtout valoir qu'autrement ces derniers mots, de la *filiafamilias impubes*, seraient une addition trop triviale. Avec cet argument, on pourrait contester l'authenticité d'une foule de textes des Pandectes, et certainement contre toute raison. La L. 9, § 2, de sc. Mac., que j'ai citée dans le texte, ne serait pas à l'abri de cette critique.

si ancillæ *vel filiæfamilias* commodaverit, *dumtaxat de peculio erit agendum.* » Ce texte a principalement pour but d'établir que l'*actio commodati* n'a pas plus d'extension contre le père ou contre le maître que toute autre action, et que toujours elle se rapporte à un *peculium*, antérieurement confié au commodataire. Pour le fils, on observe qu'il peut aussi être poursuivi personnellement; comme cette observation n'est pas répétée pour la fille, on pourrait en conclure que celle-ci ne peut pas être poursuivie personnellement. Mais il est beaucoup plus simple et plus naturel de croire qu'Ulpien n'a pas reproduit son observation, dans la pensée que le lecteur suppléerait de lui-même cette répétition. S'il eût voulu exprimer un contraste, il n'aurait sans doute pas employé les mêmes termes pour le fils que pour la fille, et il ne se serait pas contenté d'indiquer le contraste en supprimant l'observation. On peut dire, à la vérité, qu'Ulpien l'avait exprimé formellement, et que les compilateurs ont retranché cette addition relative à la tutelle du sexe. Mais si les compilateurs eussent trouvé cette addition, ils n'auraient sans doute pas donné lieu à cette équivoque en se contentant de l'effacer, tandis que, pour établir l'égalité entre les deux sexes, il leur eût suffi de répéter l'observation faite par Ulpien au sujet du fils.

On pourrait envisager la doctrine que je combats sous une autre face, celle de la poursuite devant les tribunaux. En admettant, dirait-on, que la *filiafamilias* fût capable de contracter des dettes, elle ne pouvait jamais être poursuivie en justice; car Ulpien nous apprend que la femme ne peut, sans tuteur, figurer dans un *legitimum judicium* (note *a*). Or, la *filiafamilias* ne pouvait avoir de tuteur. — Sur cette difficulté de procédure, je présenterai les observations suivantes.

De même que pour les dettes, la nécessité de l'*auctoritas* concerne uniquement les femmes qui ont ou peuvent avoir

un tuteur, c'est-à-dire indépendantes, et non les femmes soumises à la puissance paternelle.

Les anciens jurisconsultes n'auraient jamais parlé d'une incapacité générale de la femme à propos du *legitimum judicium;* car, de leur temps, il y avait incomparablement moins de *legitima judicia* que de *judicia quæ imperio continebantur,* et la règle d'Ulpien ne se rapportait pas à ces derniers. Cette classe de procès comprenait tous ceux jugés hors de Rome et de son territoire, et en outre une grande partie de ceux jugés à Rome (*m*). De plus, dans un grand nombre d'actions, il était permis à chacune des parties d'engager la procédure de manière à éviter le *legitimum judicium* (*n*), et ainsi l'on aurait échappé à une difficulté fondée uniquement sur l'application rigoureuse de cette forme de procédure.

Enfin, Ulpien ne parle réellement des femmes que comme demanderesses, et non comme défenderesses (si... *agant,* et non pas si *conveniantur*), et l'on concevrait très-bien qu'on leur eût laissé moins de liberté pour intenter un procès que pour défendre à une action dirigée contre elles, par exemple, au sujet des dettes trouvées dans la succession de leur père. Si donc la nécessité de l'*auctoritas* n'est imposée qu'à la femme demanderesse, il n'y a pas là le moindre motif pour refuser à la *filiafamilias* la capacité de défendre à une action. En supposant même que ces mots *si agant* doivent être pris dans un sens plus large, et qu'ils s'appliquent également à la défenderesse et à la demanderesse, toujours est-il qu'ils s'appliquent certainement à la demanderesse. Si donc il est établi que, du temps des anciens jurisconsultes, les femmes pouvaient agir en demandant, la forme du *legitimum judicium* ne leur fermait pas l'accès des tribunaux, et l'on peut in-

(*m*) Gaiüs, IV, § 104, 105.
(*n*) Gsiua, IV, § 163-165.

voquer ce principe négatif contre ceux qui soutiennent l'incapacité des femmes d'être actionnées en justice.

Maintenant, chez les anciens jurisconsultes, la *filiafamilias* apparaît-elle effectivement comme demanderesse? Régulièrement, non; mais par un motif qui n'a rien de particulier à son sexe, motif fondé directement sur la puissance paternelle, et qui s'applique au fils comme à la fille. En principe, le fils et la fille ne figurent pas comme demandeurs, parce qu'ils n'ont aucuns droits à faire valoir en justice, et nommément ni propriétés ni créances (§ 67). Néanmoins, ils pouvaient, par exception, introduire certaines actions, et, dans ces cas exceptionnels, la capacité de la fille n'était pas moindre que celle du fils. Ainsi on voit que dans certaines circonstances le fils offensé peut intenter l'action d'injures en son nom personnel; dans les mêmes circonstances la fille a le même droit (*o*). Ainsi encore on voit qu'après la dissolution du mariage, la *filiafamilias* peut souvent exercer la *dotis actio* seule et sans son père (*p*). Si, dans ces deux actions, la forme du *legitimum judicium* n'empêchait pas la fille d'agir comme demanderesse, cette forme de procédure ne l'empêchait pas davantage d'agir en défendant, et même elle avait, à cet égard, une capacité égale à celle du fils, une capacité absolue. Si, en principe, le fils et la fille ne pouvaient agir comme demandeurs, le motif matériel qui les en empêchait n'avait aucune influence sur leur capacité comme défendeurs; car ils pouvaient s'endetter et être actionnés à raison de leurs dettes, aussi bien que les personnes indépendantes.

Pour résumer brièvement toute cette discussion, je dirai que la prétendue distinction entre le fils et la fille, relative-

(*o*) L. 8, pr. de procur. (III, 3). — Sur ce cas et sur celui qui suit, voy. § 73.

(*p*) L. 8, pr. de procur. (III, 3); L. 22, § 4, 10, 11, sol. matr. (XXIV, 3).

ment à la capacité des dettes, repose sur une erreur, et que la fille pouvait s'endetter aussi valablement que son frère, soumis, comme elle, à la puissance paternelle.

APPENDICE VI.

STATUS ET CAPITIS DEMINUTIO.

(§ LXIV-LXVIII.)

I.

Dans le traité, j'ai exposé les conditions de la capacité du droit et ses différents degrés (§ 64-67), en y rattachant la théorie de la triple *capitis deminutio* (§ 68). La plupart des auteurs modernes ont sur cette matière des principes doublement différents des miens. D'abord, en ce qu'ils introduisent une doctrine spéciale du *status*, qui ne trouve pas de place dans mon exposition; ensuite, parce qu'ils donnent une définition de la *minima capitis deminutio*, définition qui tendrait à modifier l'idée générale de la *capitis deminutio*. Je commence par indiquer les principaux auteurs qui ont traité de ces matières, afin de pouvoir y renvoyer plus aisément dans le cours de la discussion.

Sur le *status :*

Feuerbach, Civilistiche Versuche, vol. I. Giessen, 1803, num. 6 (p. 175-190). Löhr über den Status, Magazin für Rechtswissenschaft, vol. IV, n. 1 (p. 1-16), 1820.

Sur la *capitis deminutio* :

Hotomanus, Comm. ad Inst. tit. de capitis deminutione (I, 16).

Conradi Parerga, p. 163-193 (1737).

Glück, Pandecten, vol. II, § 128 (1791).

Ducauroy, Thémis, vol. III, p. 180-184 (1821).

Zimmern, Rechtsgeschichte, I, 2, § 229 (1826).

Seckendorf, De capitis deminutione minima, Colon., 1828.

Niebuhr, Römische Geschichte, vol. I, p. 606 (4e éd.); vol. II, p. 460 (2e éd.) Ici le sujet est envisagé par rapport à l'ancienne constitution politique, et non au point de vue des sources du droit.

II.

Voici le résumé de la théorie du *status* généralement adoptée par les auteurs modernes (*a*). On appelle *status* une manière d'être en vertu de laquelle un homme a certains droits. Il y a deux espèces de *status*, les uns naturels (*naturales*), et ils sont en très-grand nombre, tels que la distinction entre les hommes et les femmes, les bien portants et les malades, etc.; les autres moraux ou juridiques (*civiles*), et qui sont précisément au nombre de trois : *status libertatis*, *civitatis*, *familiæ*. Plusieurs auteurs représentent cette dernière espèce comme les *status principales*, ou proprement dits, de sorte que les *status naturales* seraient improprement nommés.

J'examinerai d'abord le *status naturalis*. Par là, on a voulu simplement réunir sous un même point de vue les particularités de l'homme qui peuvent exercer sur les matières du droit des influences spéciales. Jamais aucun auteur n'a développé cette pensée d'une manière méthodique et complète (*b*). Il est même fort douteux que cela ajoutât à la

(*a*) Cette doctrine est développée dans Höpfner, Comm. über die Institutionen, § 62, et tableau VI. Cf. Mühlenbruch, § 182.

(*b*) Ainsi, par exemple, dans l'énumération des *status naturales*, il faudrait établir des distinctions, par rapport à la forme des testaments, entre les aveugles et ceux qui voient, entre les hommes sachant écrire et ceux qui ne le savent

clarté ou à la profondeur d'une exposition scientifique, et il semble plus convenable de diviser les notions que l'on comprend ordinairement sous le nom de *status naturales*, et de les mettre à la place où chacune d'elles a un intérêt pratique, ou bien encore de les supposer connues. La question ainsi posée, on voit que les partisans eux-mêmes de la doctrine que je combats ne lui assignent aucune base historique, et que la question roule, non sur des idées et des règles de droit, mais sur le mérite d'une certaine méthode d'exposition scientifique.

La critique que l'on peut élever contre la généralité de la définition du *status* a un caractère plus grave. D'après cette définition, la possession d'un droit est représentée comme une qualité de l'homme, et ainsi, par exemple, le *status civitatis* renferme l'ensemble des droits appartenant au citoyen. Mais si l'on adopte ce principe, pourquoi ne pas en poursuivre toutes les conséquences? car les autres droits peuvent, aussi bien que ceux de l'homme libre et du citoyen, être envisagés comme qualités de celui qui les possède (*c*). Nous aurions alors un *status* de l'époux, du

pas (par rapport à la preuve exigée pour la cond. indebiti, L. 25, de § prob.); il faudrait distinguer entre les *simplicitate gaudentes* et les *desidiæ deditі*. Enfin, on ne voit pas pourquoi on restreint à la nature humaine l'application de ce principe. Plusieurs particularités du règne animal et du règne végétal, la différence entre l'eau dormante et l'eau courante, etc., ne sont pas sans influence sur les rapports de droit, et pourraient dès lors figurer dans les préliminaires de la doctrine du *status*.

(*c*) Höpfner répond faiblement à cette objection, en disant (§ 62, note *a*): « On n'a pas coutume de ranger la propriété parmi les qualités de l'homme. » Mais qu'importe le langage de la vie ordinaire au jurisconsulte qui a pour mission de poursuivre les conséquences de la logique dans le domaine de la science? — On ne répondrait pas mieux à mon objection, en disant que les matières les plus importantes ont été admises dans la théorie du *status*. Le pupille, par exemple, peut être considéré comme ayant besoin de protection, et comme propriétaire de biens. La première de ces qualités est seule prise en considé-

propriétaire, de l'usufruitier, du créancier, de l'héritier, etc., et la science du droit tout entière serait contenue dans la théorie du *status*. Ramener la théorie du *status* à la théorie générale du droit, c'est l'abandonner entièrement comme théorie spéciale et indépendante. On voit donc que la doctrine du *status* est logiquement insoutenable, à moins que, détournant le mot *status* de son sens ordinaire, on ne lui impose celui de *capacité du droit*. Je reviendrai tout à l'heure sur ce point.

III.

Ce qui importe le plus, c'est de déterminer le contenu de cette doctrine des *status* (*civiles*), de préciser les matières qu'embrasse chacun de ces prétendus *status*. Quant aux deux premiers, on est peu embarrassé. *Status libertatis* désigne, dit-on, la qualité d'homme libre; *status civitatis*, la qualité de citoyen : l'un comprend tous les droits qui appartiennent à l'homme libre; l'autre, tous les droits dont jouit le citoyen. Cette explication semble ressortir naturellement de leur dénomination même, et cependant elle n'est pas tout à fait sûre. Quant au *status familiæ*, comme sa dénomination ne prête pas à une réponse aussi directe, il y a deux grands systèmes d'interprétation, dont chacun se subdivise en plusieurs branches.

L'un considère le *status familiæ* comme l'ensemble des personnes unies par les liens de l'agnation, c'est-à-dire la famille des agnats, et ainsi le *status familiæ* d'un homme désignerait la réunion complète de ses agnats et l'ensemble des droits qui dérivent de l'agnation. Ce qui frappe au premier abord, c'est l'absence totale de relation intime entre ce troisième *status* et les deux premiers, et l'on ne com-

ration dans la théorie du *status*; attribuer à la seconde une moindre importance, ce serait reconnaître l'infériorité du but aux moyens.

prend pas pourquoi ce rapport de droit a été choisi pour former un genre à côté des deux autres. L'importance des droits fondés sur l'agnation n'explique nullement cette préférence ; car sans doute on ne contestera pas qu'il y ait des droits importants fondés sur le mariage, la puissance paternelle et le patronage, et cependant jamais le mariage, la puissance paternelle ni le patronage n'ont été qualifiés de *status*. Vainement l'on voudrait échapper à cette objection en disant que le *status familiæ* désigne moins la position dans une famille d'agnats déterminée, que la capacité de l'agnation en général ; car cette capacité est soumise aux mêmes conditions que le droit de cité, et ne saurait dès lors constituer un *status* qui en diffère.

L'autre système rapporte le *status familiæ* à la division des hommes en dépendants et en indépendants (§ 67). Ainsi, déterminer le *status familiæ* d'un homme serait dire s'il est *sui juris* ou *alieni juris*, et par là on prévient toutes les objections qui s'élèvent contre l'autre système. En effet, le troisième *status* a cela de commun avec les deux premiers, qu'il se rapporte à la capacité du droit. La plénitude de la capacité tient à trois conditions, la liberté, le droit de cité et l'indépendance. — Là-dessus, pas d'incertitude, et dès lors nous avons dans les trois *status* la juste expression de cette doctrine incontestable. Le *status libertatis*, par exemple, ne désigne plus la liberté en soi, mais la capacité déterminée par la liberté, et il n'y a point d'inconséquence à représenter comme *status* la liberté, le droit de cité et l'indépendance au sein de la famille, et à refuser cette dénomination à la propriété, au mariage, au droit de succession ; car si l'acquisition de ces droits a des conséquences importantes, elle n'entraîne aucun changement dans la capacité. — D'un autre côté, la triple *capitis deminutio* se rattache à ce système de la manière la plus simple et la plus naturelle. Chaque *capitis deminutio* nous apparaît comme une dégra-

dation par rapport à l'un des trois *status*, et ainsi nous retrouvons partout une concordance intime, au lieu de l'arbitraire et des inconséquences du système opposé.

Néanmoins, cette concordance intime ne vaut que comme argument négatif. Toute doctrine contraire à la logique est nécessairement condamnée ; mais une doctrine logiquement inattaquable n'est pas pour cela historiquement vraie, et l'on verra par la suite de cette recherche que ce dernier système, quoique rigoureusement déduit, doit cependant être rejeté.

IV.

Hugo, justement frappé des vices de la doctrine ordinaire du *status*, a non-seulement rejeté les trois *status*, mais en outre refusé au mot *status* toute signification technique. Suivant lui, *status* est synonyme de *conditio*, et veut dire état, manière d'être ; comme tout autre mot du langage usuel, les jurisconsultes ont eu occasion de l'employer, mais il n'est pas devenu pour cela un terme juridique (*a*).

On trouve, en effet, tant chez les jurisconsultes que chez les auteurs étrangers à la jurisprudence, des exemples très-nombreux de l'emploi de ce mot dans un sens général, et non technique. Cela arrive toutes les fois qu'il n'est pas rapporté aux personnes, bien que souvent on puisse s'y tromper et le rapporter improprement aux personnes, et notamment aux trois *status* définis plus haut.

Quand, par exemple, on parle d'un *status facultatium* ou *peculii* (*b*), cela désigne évidemment l'état des biens ou du pécule, leur étendue, leur valeur. — Ainsi encore on fait

(*a*) Hugo, Rechtsgeschichte, 11[e] éd., p. 118.

(*b*) L. 2, § 1, 2, 3, ubi pupillus (XXVII, 2). Ici les expressions *modus*, *vires* et *status facultatium* sont prises indifféremment l'une pour l'autre et sont évidemment synonymes. — L. 32, § 1, de peculio (XV, 1). — On trouve l'indication de textes semblables dans Brissonius, v° Status, num. 2.

souvent figurer à tort dans la doctrine du *status* ce texte de Cicéron (de Legibus, I, 7) : « Agnationibus familiarum « distinguuntur status, » c'est-à-dire une famille se compose précisément de toutes les personnes unies entre elles par les liens de l'agnation, de sorte que l'agnation détermine l'étendue, le nombre des membres, la composition (*status*) de chaque famille. Confondre le *status familiarum* de Cicéron avec le *status familiæ* inventé par les jurisconsultes modernes, c'est se laisser abuser par une ressemblance de mots, car Cicéron prend *status* dans le même sens que *status peculii*.

Je citerai enfin un texte du Digeste invoqué bien des fois, mais toujours déclaré obscur ou mal interprété ; c'est la L. 5, § 1, 2, de extraord. cogn. (L. 13) : « Existimatio est « *dignitatis inlæsæ status*... Minuitur existimatio, quotiens « manente libertate circa *statum dignitatis* pœna plectimur, « sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, etc. » D'après ce texte, les auteurs modernes ont fait un *status existimationis ;* littéralement, on ne trouve que *status dignitatis;* mais en réalité *status* a ici une signification générale comme dans les textes déjà cités (*c*). *Dignitas* est la position extérieure d'un homme qui manifeste sa dignité personnelle, et à laquelle l'opinion publique se rattache naturellement (*d*). Tant que le degré, l'état de cette *dignitas* demeure intact,

(*c*) C'est pourquoi Brissonius, v° Status, range la L. 5, de extr. cogn., sous le num. 2, où il donne les exemples du mot *status* pris dans le sens purement de fait. — Sur la L. 5 cit., voy. aussi § 79, *a*.

(*d*) Cette signification du mot *dignitas* ressort évidemment du texte suivant : L. 49, § 4, de leg. III (XXXII, un.), « Parvi autem refert, uxori an concubinæ « quis leget, *quæ ejus causa emta parata sunt :* sane enim, nisi dignitate, « nihil interest. » (C'est-à-dire, l'*uxor* partage seule le rang et l'état du mari ; ce signe extérieur est le moyen le plus facile et le plus sûr pour la distinguer d'une *concubina*.) L. 14, pr. de muner. (L. 4) : « Honor municipalis est « administratio reipublicæ cum dignitatis gradu. » (Il y a, en effet, des fonctions municipales qui ne donnent pas un rang nouveau à celui qui les exerce.)

nous jouissons d'une *existimatio* pure et complète. *L'existimatio* peut être diminuée ou détruite par certaines peines, celles qui ont précisément pour objet de rabaisser notre *dignitas* (quotiens *circa statum diginitatis* pœna plectimur); elle est diminuée par le bannissement, par la privation d'un titre honorifique (celui de sénateur ou de décurion), par toute espèce d'infamie; elle est détruite par les peines qui enlèvent au condamné la liberté ou le droit de cité. On voit dès à présent que le *status dignitatis* de notre texte n'a rien de commun avec les trois *status*. Puisqu'il peut être modifié, la liberté et le droit de cité demeurant intacts, il diffère de ces deux *status*, et il n'a évidemment aucune connexion avec le *status familiœ*. Le caractère purement de fait du *status dignitatis* ressortira encore mieux, quand bientôt je montrerai que le véritable *status* juridique est opposé absolument à toute *dignitas*.

V.

L'explication que donne Hugo du mot *status* se trouve donc confirmée par plusieurs textes; mais il va trop loin en lui refusant toute autre signification. En effet, on doit reconnaître que là où les anciens jurisconsultes emploient le mot *status* comme attribut d'une personne, ils lui donnent un sens technique, qu'il s'agit maintenant de déterminer et d'établir. Chez les jurisconsultes romains, *status*, pris dans sa signification technique, désigne la place, la position d'un homme vis-à-vis des autres hommes. Or, comme chaque homme soutient deux espèces de rapports, les uns publics et les autres privés, on pourrait distinguer deux espèces de *status*, l'un *publicus*, l'autre *privatus*. Cette phraséologie serait tout à fait latine, et si nous ne la retrouvons pas dans les textes des anciens jurisconsultes qui se sont conservés jusqu'à nous, ce doit être l'effet du hasard; car l'idée qu'elle exprime est familière aux Romains, et les dif-

férents cas du *status*, pris dans son sens technique, viennent tous se ranger sous ces deux chefs ; seulement, quand les jurisconsultes romains parlent des deux espèces de *status* en général, et veulent les opposer l'une à l'autre, ils le font en termes moins précis et moins abstraits : *publica jura*, *civitatis jura*, par opposition aux *privata hominis et familiæ jura* (*a*).

Cette division fondamentale une fois établie, voyons quels rapports de droit doit embrasser chaque *status*.

Le *status publicus* comprendrait d'abord la liberté et le droit de cité, comme conditions indispensables de la capacité du droit public ; puis beaucoup d'autres matières, notamment la position de magistrat, de sénateur, de chevalier, de *judex*, etc. Mais n'oublions pas qu'il s'agit ici des anciens jurisconsultes, et qu'ils envisagent naturellement la chose au point de vue de leur science ; et comme leur science se borne au droit privé, et n'est pas ce que nous appelons aujourd'hui la science du droit, ils s'occupent uniquement des états personnels du *status publicus* qui influent sur le droit privé ; or, la liberté et le droit de cité sont les seuls qui aient ce caractère, car ils sont indispensables à la capacité du droit privé. C'est pourquoi la liberté et le droit de cité doivent figurer comme *status*, et non pas la position de magistrat, de sénateur, de chevalier, de *judex*. — Cette distinction un peu subtile, non-seulement les jurisconsultes romains pouvaient la faire, mais ils l'ont faite effectivement, c'est ce que prouve le témoignage des textes.

L. 20, de statu hom. (I, 5) : « Qui furere cœpit, *et statum, et dignitatem*, in qua fuit, et magistratum (*b*), et

(*a*) L. 5, § 2, L. 6. de cap. minutis (IV. 5).

(*b*) On pourrait objecter que la magistrature étant ainsi une *dignitas*, la conjonction *et*, dans ce texte, n'exprime pas de différences ; on pourrait même aller plus loin, car à côté de la *magistratus* nous trouvons encore une *potestas*. Voici plutôt l'enchaînement des idées : la démence laisse subsister le *status*, et

« potestatem videtur retinere, sicut rei suæ dominium re-
« tinet. »

§ 5, J. de cap. demin. (I, 16): « Quibus autem *dignitas* « *magis, quam status* permutatur, capite non minuuntur : et « ideo senatu motum capite non minui constat. »

Dans ces deux textes, *status* et *dignitas* sont évidemment opposés l'un à l'autre, et spécialement la dignité de sénateur est représentée comme une chose entièrement distincte du *status*. Cette distinction s'explique par le principe que j'ai posé et le justifie complétement. Je citerai encore un autre texte.

L. 6, C. ex quib. caus. inf. (II, 12) : « Ad tempus in « opus publicum damnati pristinum quidem *statum re-* « *tinent*, sed damno infamiæ post impletum tempus sub- « jiciuntur. »

On comprend que l'infamie apporte un grand changement à la *dignitas*; la L. 5, § 2, de extr. cogn., le dit expressément : elle ôte la capacité de recevoir aucune dignité publique (*c*), mais elle est absolument saus influence sur le *status*. Relativement au *status dignitatis* de la L. 5, de extr. cogn. (voy. plus haut, num. IV), cela achève de prouver que *status* n'est pas pris dans son sens technique, mais dans un sens purement de fait.

Il demeure donc établi que le *status publicus*, l'expression admise, comprend la liberté et le droit de cité, mais nul autre rapport personnel tenant au droit public.

aussi la *dignitas*, qui consiste quelquefois en une simple distinction honorifique; elle laisse subsister, ce qui paraît plus extraordinaire, la *dignitas* attachée à l'exercice d'une fonction publique (*magistratus*); enfin, la puissance privée, la puissance paternelle. — Sans doute il eût été facile de s'exprimer avec plus de précision, et d'éviter cette équivoque qui n'existe pas dans le texte suivant.

(*c*) L. 2, C. de dign. (XII, 1), et beaucoup d'autres textes.

VI.

Quels sont maintenant les rapports personnels compris dans le *status* privé? A ne consulter que l'analogie, il devrait comprendre uniquement les rapports qui influent sur la capacité; mais le motif de cette restriction, quant au *status publicus*, est uniquement que peu de matières du droit public intéressent la science du droit (du droit privé); or, ce motif ne subsiste pas ici, car tous les rapports personnels ont directement, et par leur nature propre, une signification juridique, et non à cause de leur influence sur la capacité du droit. Aussi tous les rapports de droit privé affectant les personnes considérées comme telles, c'est-à-dire tous les rapports du droit de la famille (§ 53-55), appartiennent sans distinction au *status*. Comparé au *status publicus*, il présente un inconséquence apparente, mais facile à expliquer. Ainsi donc on appelle *status* toute position de l'homme dans les divers rapports appartenant à la famille. Sans doute les anciens jurisconsultes pouvaient adopter ce point de vue; mais il reste en outre à établir qu'ils l'ont effectivement adopté. Pour cela, il est nécessaire d'exposer dans leur ensemble les applications de cette doctrine, sa vérité admise.

Voici, en général, les rapports que l'on aurait reconnus comme *status* :

A. En droit public :

1) Liberté.

2) Droit de cité.

B. En droit privé : tous les rapports de famille, c'est-à-dire (d'après les § 54, 55),

1) Mariage.

2) Puissance paternelle.

3) Parenté.

4) *Manus*.

5) *Servitus.*

6) *Patronatus.*

7) *Mancipii causa.*

8) *Tutela* et *curatio.*

Dans cette énumération encore hypothétique de tous les *status* possibles, il en est un qui figure deux fois : la liberté, l'absence de l'esclavage, comme condition de la participation au droit politique ; la liberté opposée à l'esclavage, considérée comme une espèce de dépendance domestique, et par conséquent comme un rapport de famille. Dans cet état de choses, il était naturel de reconnaître la prédominance de l'un ou de l'autre point de vue, et deux motifs se réunissaient pour établir la prédominance du *status* de droit public sur celui de droit privé : d'abord l'importance, en général, supérieure du droit public, et surtout cette considération que l'idée de l'esclavage (opposé à la liberté) est plus large que l'idée de la puissance domestique sur les esclaves (*dominica potestas*). L'esclavage embrasse aussi les esclaves sans maîtres (§ 55, *a*, et § 65) ; la *dominica potestas* comprend seulement les esclaves qui sont la propriété d'un maître. Ainsi la liberté avec son contraste, l'esclavage, a la prédominance comme *status* de droit public, parce qu'elle épuise le sujet ; tandis que, comme *status* de droit privé, elle mène à une acception restreinte et incomplète de l'esclavage. Je reviendrai sur cette remarque, quand je parlerai de la *capitis deminutio.*

VII.

Je vais maintenant essayer de prouver que cette hypothèse est en réalité ce que les jurisconsultes romains entendaient par le *status* du droit privé :

La position de l'individu suivant les diverses espèces de rapports de famille.

Je commence par les Institutes de Gaius, comme le mo-

nument le plus pur et le plus complet de la littérature juridique romaine qui soit parvenu jusqu'à nous. Après une courte introduction sur les sources du droit, il indique, au § 8 du I[er] livre, le contenu du droit privé déterminé par ces diverses sources, et dont il traitera dans son ouvrage : « De juris divisione. Omne autem jus, quo uti« mur; vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. « Sed prius videamus de personis. » Ce *jus quod ad personas pertinet* fait l'objet de son premier livre. Il traite cette partie de la science d'après trois divisions des hommes, ainsi exprimées :

§ 9. *De conditione hominum* (*a*). Et quidem summa divisio *de jure personarum* hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

§ 10. Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini.

§ 48. Sequitur *de jure personarum* alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri sunt subjectæ.

§ 49. Sed rursus earum personarum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt.

§ 50. Videamus nunc de iis, quæ alieno juri subjectæ sunt : si cognoverimus, quæ istæ personæ sint, simul intelligemus, quæ sui juris sint.

§ 142. Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis..... quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur.

Voici la pensée fondamentale de ces différents textes. Le *jus quod pertinet ad personas* détermine la *conditio hominum,* ou, comme porte le texte, le *jus personarum*, c'est-à-

(*a*) J'observe néanmoins que le petit nombre d'inscriptions qui se trouvent dans Gaius n'ont pas une authenticité certaine.

dire la position de l'individu suivant certains rapports. Maintenant, quels sont ces rapports? Contenus sous les trois *divisiones*, ils sont, après l'introduction, exposés et traités dans l'ordre suivant :

1) *Patronatus*. Il remplit la première *divisio* tout entière; car le contraste annoncé entre les hommes libres et les esclaves n'est là que pour la forme, et comme moyen de transition pour arriver aux différentes matières du droit de patronage. Déjà indiquée au § 10, cette disposition ressort de son exécution même.

2) *Potestas dominorum* ou *servitus*.

3) *Patria potestas*, et (comme base et condition de cette puissance)

4) Le mariage.

5) *Manus*.

6) *Mancipii causa*.

Les num. 2-6 épuisent la seconde *divisio*.

7) *Tutela* et *curatio*, comme contenu de la troisième *divisio*.

D'après cela, on voit que Gaius représente comme matières du *jus personarum* précisément les mêmes rapports qui, dans mon hypothèse, constituaient le *status* du droit privé. Gaius en omet un seul, la parenté (l'agnation), et il est assez singulier que ce soit ce rapport que tant de jurisconsultes modernes regardent comme le seul *status familiæ*.

Je suis loin d'attacher beaucoup d'importance à cette omission, et de penser que Gaius ou les jurisconsultes anciens, en général, n'aient pas mis l'agnation sur la même ligne que ces autres rapports. Seulement l'agnation ne rentrait dans aucune des trois *divisiones* qui lui semblaient si bien adaptées à l'exposition du *jus quod pertinet ad personas*. Je montrerai tout à l'heure (num. IX) que les jurisconsultes romains considéraient effectivement la parenté comme *status*.

Les Institutes de Justinien suivent le même ordre que celles de Gaius, et reproduisent littéralement une grande partie des textes que j'ai cités. Elles traitent aussi le droit des personnes d'après les trois *divisiones* adoptées par Gaius. Seulement la première *divisio*, intitulée dans Gaius *de conditione hominum*, est intitulée dans Justinien *de jure personarum*. Justinien omet naturellement, et cette observation est plus importante, deux institutions alors tombées en désuétude, la *manus* et la *mancipii causa*.

Au premier livre du Digeste, le cinquième titre a pour rubrique : De statu hominum. Son objet est évidemment de reproduire et de développer la pensée de Gaius, car le premier et le troisième fragment du titre sont précisément les § 8 et 9 de Gaius. Entre ces deux fragments s'en trouve un autre (la L. 2) emprunté à Hermogénien, dont je citerai la partie qui rentre dans notre recherche : « Cum igitur « hominum causa omne jus constitutum sit : primo *de per-* « *sonarum statu*... dicemus. »

Voici enfin une définition de la *minima capitis deminutio* avec laquelle plusieurs textes s'accordent littéralement.

Ulpian., XI, § 13 : Minima capitis deminutio est, per quam, et civitate et libertate salva, *status dumtaxat hominis commutatur*.

§ 3, J. de cap. dem. (I, 16) : Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, *sed status hominis commutatur*.

Ce dernier texte est probablement la répétition littérale de celui de Gaius (I, § 162), où les mots importants sont illisibles.

VIII.

Je vais résumer les principaux points de la doctrine des anciens jurisconsultes établis par ces divers témoignages.

1) Le *jus quod pertinet ad personas* embrasse l'ensemble de tous les rapports de famille.

2) Pour désigner la position assignée à chaque individu suivant ces divers rapports, on emploie plusieurs expressions tout à fait synonymes :

Jus personarum (Gaius et Justinien).

Personarum status (Hermogénien).

Condicio hominum (Gaius, si l'on admet l'authenticité de la rubrique; voy. VII, a).

Status hominum (Digeste).

Status hominis (Ulpien, Justinien, et probablement Gaius).

3) *Status hominum* ou *hominis* ne désigne donc pas un état juridique en général, mais la place que l'individu occupe dans la famille, par opposition à celle qu'il occupe dans l'État. Le *status hominis* constitue la position de l'homme (*privata hominis et familiæ jura*) mise en parallèle avec la position du citoyen (*publica, civitatis jura*).

4) Dans chacun de ces rapports, *status* ne désigne pas une position élevée, mais une position, en général, soit élevée, soit inférieure. Ainsi l'esclave a aussi un *status*, son état d'esclave. Mais comme seul, entre tous, il ne possède aucuns droits, et que son état est purement négatif, on lui refuse ordinairement le *status* (*a*).

5) *Jus personarum* ne désigne pas une division de la science, mais un certain état de l'individu, ou, pour adopter une locution moderne, cette désignation s'applique au droit dans le sens subjectif, et non dans le sens objectif (§ 54, *d*, et § 59).

IX.

En passant en revue les diverses applications contenues dans les sources, je me propose de confirmer ou de faire

(*a*) L. 3, § 1; L. 4, de cap. min. (IV, 5). Cf. num. XIII.

ressortir les principes que je viens d'établir, ou de les défendre contre des objections spécieuses. L'application la plus fréquente de toutes est celles de *status quæstio*, *status causa*, *status controversia*. Ces expressions se trouvent notamment employées, lorsqu'au sujet d'une succession on conteste au demandeur son agnation avec le défunt (*a*), et cette circonstance est doublement remarquable. D'abord elle nous montre que ces expressions s'appliquent réellement aux litiges sur l'existence des rapports de famille; ensuite, que les anciens jurisconsultes considéraient la parenté comme *status*, et, d'après le contenu du premier livre de Gaius, cela pouvait être douteux (num. VII).

D'un autre côté, il faut reconnaître que, dans un beaucoup plus grand nombre de textes, ces expressions s'appliquent aux litiges sur la liberté ou l'esclavage, l'ingénuité ou la libertinité, et quand, dans les sources, le sens de ces expressions n'est pas déterminé, nous devons croire que vraisemblablement l'auteur avait en vue un de ces objets. Cela tient à une circonstance purement accidentelle : la parenté était bien plus rarement que la liberté le sujet d'un débat judiciaire, et cette différence s'explique aisément. D'abord, les relations des hommes libres attiraient plus l'attention que la parenté naturelle des esclaves véritables ou présumés, et pouvaient être moins facilement contestées; ensuite, la transmission des esclaves par succession, leur aliénation, l'esclavage se perpétuant par la mère, donnaient lieu à de nombreux procès presque incompatibles avec les rapports plus individuels de famille. Enfin, le débat sur la parenté figurait bien moins souvent comme question principale, *status quæstio*, que comme *incidens quæstio* relative à une pétition d'hérédité (*a*[1]). — Si jamais on ne trouve de procès sur le droit

(*a*) L. 3, § 6-11; L. 6, § 3, de Carbon. edicto (XXXVII, 10).
(*a*[1]) Cf. L. 1, C. de ord. jud. (III, 8).

de cité comme *status quæstio*, c'est qu'en pareille matière l'action privée n'est pas admise.

On trouve un exemple remarquable de la phraséologie ordinaire dans cette règle tirée d'un édit de Nerva, que cinq ans après la mort d'un homme, nul ne peut élever contre lui une *status quæstio* (*b*). D'après la généralité de l'expression, on pourrait croire que cette règle s'étend à toutes les contestations sur des rapports de famille, par exemple à la question de savoir si une émancipation était ou non valide; néanmoins, on reconnaissait que cette question ne rentrait pas dans la règle (*c*), et que la règle s'appliquait uniquement aux contestations sur la liberté ou l'ingénuité du défunt (*d*); ainsi, dans l'édit de Nerva, *status* désigne le *status* public à l'exclusion du *status* privé.

À cette signification restreinte du mot dont on trouve quelques exemples, se rapporte un texte sur lequel on a beaucoup discuté.

L. 1, § 8, ad sc. Tert. (XXXVIII, 17): Capitis minutio *salvo statu contingens* liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem..... Proinde sive quis..... capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittetur : nisi magna capitis deminutio interveniat, quæ vel civitatem adimit, utputa si deportetur.

Ici, évidemment, Ulpien distingue la *magna* (c'est-à-dire la *maxima* ou *media*) de la *minima capitis deminutio* (§ 68, *d*), et il appelle cette dernière : *salvo statu contingens*, tandis que d'autres textes portent ordinairement, *salva civitate* (*e*). Il emploie donc *status* dans la signification restreinte de *pu-*

(*b*) Ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur. Dig., XL, 15; Cod, VII, 21.

(*c*) L. 5, C. ne de statu (VII, 21).

(*d*) Cette règle s'appliquait également à l'ingénuité et à la liberté; c'est ce que prouvent les L. 1, § 3, ne de statu (XL, 15); L. 6, 7, C. eod. (VII, 21); L. 6, ubi de statu (III, 22). Dans ce dernier texte, Justinien abolit la règle relativement à l'ingénuité.

(*e*) L. 2, pr.; L. 5, § 2, de cap. min. (IV, 5); L. 2, de leg. tutor. (XXVI, 4).

blicus status, signification seulement usitée quand il s'agit de *quæstio*, et dont on trouverait d'ailleurs peu d'exemples même dans Ulpien ; ici donc, comme dans beaucoup d'autres cas, la difficulté se borne à interpréter une expression insolite, et le texte n'a nullement besoin d'être rectifié (*f*). — On trouve encore un exemple de cet emploi du mot *status* dans un rescrit de Sévère, cité num. V (L. 6, C. ex quib. c. inf.) ; là aussi *statum retinent* veut dire : ils ne perdent ni la liberté ni le droit de cité.

On lit dans plusieurs textes : *de statu suo incerti, dubitantes, errantes* (*g*). Ces expressions s'appliquent sans aucun doute, tantôt à la liberté, tantôt à l'indépendance de la puissance paternelle, et ainsi viennent confirmer nos principes.

L'application la plus fréquente du mot *status*, dans l'acception étendue que je lui donne, est l'explication de *capitis deminutio* par *status mutatio ;* car évidemment *status* désigne la liberté et le droit de cité aussi bien que de simples rapports de famille. C'est un point que j'approfondirai dans la suite de cette discussion.

Condicio figure aussi comme synonyme de *status*, surtout quand il s'agit du droit de cité (*h*).

Enfin, les textes suivants justifient en apparence la doctrine des *status naturales*.

a) *Status ætatis.*

L. 77, § 14, de leg. 2 (XXXI, un.) : Quamquam igitur testamento cautum esset, *ut cum ad statum suum frater pervenisset; ei demum solveretur*, etc.

(*f*) Noodt, Observ., II, 21, propose de corriger ainsi le texte : salvo statu c. contingens, c'est-à-dire, salvo statu civitatis contingens. Mais le sigle c. n'est jamais pris que pour civitas, puis on ne doit pas supposer aisément d'abréviations dans le Digeste ; enfin l'on ne trouve aucun exemple de *status civitatis*. D'ailleurs, le texte n'a pas besoin d'être corrigé.

(*g*) Ulpian., XX, § 11 ; L. 14, qui test. (XXVIII, 1).

(*h*) Gaius, I, § 68 ; Ulpian., V, § 8, VII, § 4.

L. 5, C. quando dies (VI, 53): Ex his verbis : Do, lego Æliæ... quæ legata accipere debebit, *cum ad legitimum statum pervenerit*, etc.

Dans ces textes, *status suus* et *legitimus status* désignent la majorité. Mais ce n'est nullement là un sens technique, car ces expressions sont employées, non par des jurisconsultes ou des empereurs, mais par des testateurs, dont le style, peu conforme à celui du droit, embarrasse souvent les anciens jurisconsultes eux-mêmes.

b) *Status sexus*. Dans le titre du Digeste *de statu hominum*, les L. 9 et 10 distinguent les hommes, les femmes et les hermaphrodites, et, d'après la rubrique du titre, on pourrait voir là un *status;* mais d'après la méthode qui a présidé à la rédaction du Digeste, cette circonstance ne prouve rien. En supposant que des anciens jurisconsultes, à propos des rapports de famille, aient parlé de la distinction des sexes, et cela n'a rien d'invraisemblable, jamais ils ne l'ont mise sur la même ligne que les véritables rapports de droit compris sous le nom de *status*. Au reste, on ne trouve dans ces deux textes que *condicio feminarum;* mais ce mot, plus souvent encore que celui de *status*, est pris dans un sens général et purement de fait.

X.

Jusqu'ici la présente recherche donne pour le sens générique de *status* les résultats suivants : en droit public, *status* désigne la liberté et le droit de cité ; en droit privé, tous les rapports de famille.

Les différentes espèces comprises sous ce genre peuvent se coordonner ainsi :

1) Par rapport aux idées générales :

Status du droit public (la liberté et le droit de cité);

Status du droit privé (tous les rapports de famille).

2) Par rapport à l'énumération des différents cas :

Liberté ;

Droit de cité ;

Famille (*status hominis*).

En observant toutefois que la parité de ces trois cas est seulement apparente ; les deux premiers sont en réalité des rapports simples ; mais le troisième comprend, sous une expression collective, plusieurs rapports simples et par conséquent plusieurs cas différents.

Le droit romain n'établit directement aucune de ces deux classifications, mais il les reconnaît l'une et l'autre d'une manière indirecte. A la première se rapportent les expressions *magna* (*major*) et *minor capitis deminutio* (§ 68, *d*) ; à la seconde les expressions beaucoup plus usitées, *maxima*, *media*, *minima capitis deminutio* (§ 68).

Maintenant quel rapport y a-t-il entre ces deux classifications et la doctrine des trois *status* (num. II, III) adoptée par les jusriconsultes modernes ? Au premier abord on pourrait la croire identique à la seconde classification ; mais on se tromperait, quelle que soit l'explication de cette doctrine que l'on adopte (num. III), car la famille des agnats qui, d'après l'une de ces explications, constitue le *status familiæ*, ne forme qu'un seul des nombreux rapports de famille ; et si, d'après l'autre explication, la division des hommes en *sui juris* et *alieni juris*, ou l'ensemble des rapports de dépendance, est plus large que la famille des agnats, et dès lors plus près de la vérité, elle exclut néanmoins plusieurs branches de la famille, notamment la tutelle, le patronage et la parenté.

Nous pouvons à présent déterminer sur quelles bases repose, en droit, la doctrine des trois *status*.

D'abord, tout le monde reconnaît qu'aucun texte des anciens ne parle des trois *status* ; silence bien remarquable, quand on trouve la triple *capitis deminutio* si souvent mentionnée.

Mais c'est à peine si l'on trouve séparément les noms de chacun des trois *status*, si familiers aux jurisconsultes modernes. *Status civitatis* et *status familiæ* n'existent nulle part, et quant à *status libertatis*, je ne le trouve que dans un texte peu ancien, dans une constitution de Constantin (*a*), mais sans aucun rapport à l'idée véritable de *status*, et seulement comme une circonlocution oiseuse, comme simple équivalent de *libertas*.

Deux déductions artificiellement tirées des sources ont évidemment donné naissance à la doctrine des trois *status*, et lui prêtent une justification apparente. Voici sur quoi se fondent ces déductions :

a) La triple *capitis deminutio*, rapprochée de la définition de la *capitis deminutio* comme *status mutatio*, et qui se rattache directement aux trois *status*. C'est un point que je discuterai plus tard, quand je rechercherai quelle est la véritable nature de la *capitis deminutio*.

b) Le texte suivant de Paul.

L. 11, de cap. min. (IV, 5) : « Capitis deminutionis tria genera sunt : maxima, media, minima; *tria enim sunt, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam*, etc. »

Je remets également la discussion de ce texte à l'endroit où je traiterai de la *capitis deminutio*. Mais déjà tout lecteur libre de prévention aura remarqué que Paul évite précisément l'expression de *status*, et qu'il lui substitue une locu-

(*a*) L. 5. C. Th. ad sc. Claud. (IV, 11), dans Hænel, p. 401 : « Quæcunque « mulierum... servi contubernio se miscuerit... *statum libertatis* amittat. » — On pourrait invoquer encore ce passage de Suétone, De illustr. Grammaticis, c. 21 : « C. Mellissus ingenuus, sed ob discordiam parentum expositus... quam« quam adserente matre, permansit tamen in *statu servitutis : præsentemque* « *conditionem* veræ origini præposuit, quare cito manumissus... est. » Mais ici *status servitutis* désigne évidemment la servitude de fait fondée sur une erreur, et ainsi *status* est pris dans le sens général, et non technique, dont j'ai cité des exemples num. IV. Le *status* réel de Mélissus était celui qui résultait de sa *vera origo*.

tion singulière et qui ne répond à aucun système, *quæ habemus*... On ne saurait trouver une preuve plus évidente que les Romains ne connaissaient par les trois *status*, du moins sous cette dénomination; car Paul n'aurait pas manqué, au lieu d'une circonlocution pénible, d'employer l'expression technique à la fois sûre et commode.

XI.

Il y a, dans la doctrine de la triple *capitis deminutio* (§ 68, 70), plusieurs points très-simples, et pour ainsi dire non contestés. Ce sont la nature de la *maxima* et de la *media cap. dem.*, les cas auxquels elles s'appliquent et les effets qu'elles produisent.

Mais il y a des points qui appartiennent aux questions les plus difficiles et les plus controversées de l'ancien droit; ce sont eux que je vais maintenant examiner. Il s'agit ici du sens de l'institution en général, de la définition spéciale de la *minima cap. dem.*, et de certaines applications.

Les anciens jurisconsultes s'accordent, sauf quelques différences dans les termes, à représenter la *capitis deminutio* comme une *status mutatio* (§ 68, *b*). Cette définition nous reporte à l'idée générale du *status*, dont nous avons exposé (num. III et X) trois explications plus ou moins différentes. Toutes s'accordent à reconnaître que le *status* comprend la liberté et le droit de cité, plus une troisième chose sur laquelle les opinions sont partagées. Ainsi, pour développer la définition de la *capitis deminutio*, il faut dire qu'elle consiste dans le changement :

Soit de la liberté (*maxima*);

Soit du droit de cité (*media*);

Soit d'une troisième chose qui varie suivant les systèmes (*minima*).

Cette troisième chose, dont le changement entraîne une *capitis deminutio* (la *minima*), serait :

1) Dans un système, la famille des agnats;

2) Dans un autre système, l'indépendance ou la dépendance;

3) Dans un troisième système, tous les rapports de famille, ce qui embrasserait à la fois les changements reconnus par les deux premiers systèmes.

Contre ces divers systèmes s'élève une grave difficulté. Ils parlent d'un changement en général, non d'un changement préjudiciable, et ainsi ils n'excluent pas un changement avantageux ou indifférent. Cette conséquence nécessaire des définitions proposées se trouve en contradiction :

a) Avec l'expression *deminutio* qui désigne précisément une diminution ou une perte (*a*);

b) Avec le langage constamment usité pour certaines applications particulières. Quand, par exemple, un *peregrinus* ou un *Latinus* obtenait le droit de cité, c'était pour lui une importante *status mutatio*, mais une élévation que les Romains n'auraient jamais appelée *capitis deminutio*.

Contre les deux derniers systèmes s'élève encore une autre difficulté. La dépendance au sein de la famille peut se changer en indépendance, par suite d'un événement naturel, la mort du père; et comme un cas semblable ne sanrait jamais passer pour une *capitis deminutio*, il faudrait ajouter à la définition : changement résultant d'un acte juridique, non d'un événement naturel. Mais la première difficulté nne fois écartée, la seconde l'est également; car le changement dont nous avons parlé est un changement avantageux, et jamais un événement naturel ne peut amener de changement préjudiciable.

(*a*) Noodt, Comm. in Dig., IV, 5, répond à cette objection que *minuere* peut avoir la signification générale de *mutare*. Mais l'idée de diminution ou de perte est inséparable du mot *minuere*, et si quelquefois il semble synonyme de *mutare*, c'est précisément au contraire parce que *mutare* admet l'idée de perte. Cf. Conradi Parerga, p. 171.

D'après cela, on voit que dans les trois explications du *status*, la définition doit être ainsi complétée : Status mutatio *in deterius*. Mais la définition même incomplète a sa signification et sa portée. Elle ne parle que des changements du *status*, et la perte de la simple *dignitas* se trouve dès lors exclue de l'idée de la *capitis deminutio*.

Néanmoins, la définition ne me paraît pas encore complète, et il faut y ajouter :

Changement du *status*, changement préjudiciable, et relatif à la capacité du droit.

Mais comme toute diminution de capacité implique un changement antérieur du *status*, la définition complète peut se résumer ainsi :

On appelle *capitis deminutio* toute diminution de la capacité du droit (§ 68).

XII.

Quand il s'agit de déterminer le véritable caractère de la *minima capitis deminutio,* s'élèvent les difficultés les plus sérieuses ; car les anciens jurisconsultes eux-mêmes nous en donnent deux définitions essentiellement différentes.

1) Paul nous la représente comme un changement de famille, c'est-à-dire l'abandon de la famille des agnats dans laquelle on est né (*a*).

L. 11, de cap. min. (IV, 5) :...cum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse capitis deminutionem constat.

L. 7, pr, eod : Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput... *cum familiam mutaverint*.

L. 3, pr, eod : Tutelas etiam non amittit capitis minutio... Sed legitimæ tutelæ ex duodecim tabulis intervertun-

(*a*) Il est ici question de la *familia communi jure*, et non *jure proprio*, d'après la distinction posée par Ulpien dans la L. 195, § 2, de V. S. (L. 16).

tur... quia agnatis deferuntur, *qui desinunt esse, familia mutati.*

D'après cette doctrine, à laquelle Paul se montre fidèle (*b*), la *minima cap. dem.* affecte non pas tout rapport de droit privé, mais un seul rapport exclusivement; et, chose singulière, ce rapport est précisément le seul dont l'omission dans le premier livre de Gaius permît de douter qu'il appartînt au *status* du droit privé (num. VII).

2) Ulpien, les Institutes, et sans doute aussi Gaius, nous représentent la *minima cap. dem.* comme changeant le *status* du droit privé (st. hominis), tandis que la liberté et le droit de cité demeurent intacts.

Ulpian., XI, § 13 : Minima capitis deminutio est, per quam et civitate et libertate salva, *status dumtaxat hominis mutatur.* § 3, J. de cap. demin. (I, 16) : Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed *status hominis commutatur.* Gaius, I, § 162. Les mots décisifs sont demeurés illisibles; mais, d'après l'ensemble du texte, il est à croire qu'ils étaient tels qne nous les lisons dans les Institutes de Justinien.

Si l'on doutait encore que *status hominis* ait effectivement le sens étendu qui résulte du rapprochement de plusieurs autres textes (num. VIII), ce doute serait dissipé par les applications qui suivent immédiatement dans les Institutes :

Quod accidit in his, qui cum sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra. Servus autem manu-

(*b*) On pourrait croire que dans le passage suivant il penche pour l'autre explication. Paulus, III, 6, § 29. Capitis minutione amittitur (ususfructus), si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus pœnæ efficiatur, aut si *statum* ex adrogatione vel adoptione *mutaverit.* En effet, ces mots *statum mutaverit* ne désignent pas spécialement la *minima cap. dem.* (il aurait dû ajouter *hominis*), mais reproduisent l'idée générale de *cap. dem.* Cette phraséologie se retrouve chez tous les jurisconsultes anciens, et Paul ne voulait certainement pas donner à entendre que l'expression *statum mutaverit* s'appliquait à l'adopté seul, et non au déporté ou à l'esclave de la peine.

missus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

Dans ces applications, et surtout dans l'exclusion prononcée contre l'esclave, il n'y a pas la moindre trace que la *minima cap. dem.* soit restreinte à la famille des agnats, et que cette expression technique ait le sens que Paul lui attribue.

D'après les motifs que je viens de développer, on doit adopter la définition de Gaius et d'Ulpien, mais en la complétant de la manière suivante :

On appelle *minima capitis deminutio* tout changement du *status* privé (des rapports de famille) qui entraîne une diminution dans la capacité du droit.

Si cette définition est exacte, la *minima cap. dem.* doit comprendre (§ 68) :

1° Tous les cas où un individu indépendant (*sui juris*) devient dépendant (*alieni juris*) ;

2° Toute dégradation de l'enfant ou de la femme qui passe de la *potestas* ou de la *manus* dans la *mancipii causa*.

Mais sont en dehors de la *minima capitis deminutio* :

a) Le cas où un homme libre devient esclave, car alors il y a *maxima cap. dem.* (*c*). En effet, un pareil changement constitue l'entrée dans l'état d'esclavage et fonde une *potestas* domestique. Sous le premier rapport, il appartient au droit public, et, sous le second, au droit privé ; mais à raison de la prédominance du droit public, on considère ce cas comme *maxima*, non comme *minima cap. dem.* (Cf. num. VI, et § 68).

b) Le cas où un homme libre de tutelle reçoit un tuteur ; car si le *status hominis* est évidemment changé, la capacité reste la même. Ainsi donc, l'aliéné auquel on nomme un curateur ne subit aucune *capitis deminutio* (*d*).

(*c*) Il en serait de même du cas où un *ingenuus* devient *libertinus*, si toutefois ce cas doit être considéré comme une *capitis deminutio*. Cf. § 68, *c*.

(*d*) L. 20, de statu hom. (I, 5) : « Qui furere cœpit, et *statum*, et dignitatem,

Les auteurs modernes adoptent l'une ou l'autre de ces définitions, ou flottent incertains entre les deux. On a même essayé de les concilier en disant que la *minima cap. dem.* renferme deux cas, la perte de la famille propre (changement d'un *sui juris* en un *alieni juris*), et perte de la famille commune, de la famille des agnats (*e*).

XIII.

Nous avons donc à choisir entre deux définitions des anciens jurisconsultes : l'une, celle de Paul, qui représente la *minima cap. dem.* comme un changement de la famille des agnats ; l'autre, comme un changement de tout rapport de famille, définition que je complète ainsi : tout changement qui entraîne une diminution de la capacité.

Voici des raisons décisives contre la doctrine de Paul :

I. D'abord, le nom même de la *capitis deminutio : caput* a besoin d'être interprété. C'est là un mot d'origine antique, et dont le sens doit nous expliquer comment il a été choisi pour désigner l'ensemble des faits connus sous le nom

« videtur retinere, sicut rei suæ dominium retinet. » *Status* se reportait immédiatement à la liberté et au droit de cité, comme le montre l'addition de *dignitas* qui justifie le *videtur retinere*. Quant au *status hominis*, la démence y apporte sans doute une *mutatio*, mais ce n'est certainement pas une *capitis deminutio*. — La chose semble plus douteuse pour le *commercium interdictum* au *prodigus*, parce qu'il perd la *testamentifactio*. Ulpian., XX, § 13 ; L. 18, pr. qui test. (XXVIII, I) ; § 2, J. quibus non permittitur (II, 12). Mais, en réalité, il s'agit ici d'une fiction de la démence, c'est-à-dire d'une incapacité naturelle d'agir, et ainsi *testamentifactio* est pris dane un sens purement de fait, sens dont il y a d'ailleurs beaucoup d'exemples. J'en donnerai pour preuve que le testament du prodigue, antérieur à l'interdiction, est valide (L. 18 cit., § 2, J. cit.), tandis que toute *capitis deminutio* annule le testament, et même la confirmation indirecte du préteur s'applique seulement à l'incapacité passagère survenue dans l'intervalle, non à l'incapacité continuée jusqu'à la mort. Ulpian, XXIII, § 4, 6.

(*e*) Glück, vol. II, § 128.

de *capitis deminutio*. Quel est donc ici le sens de *caput*?

Suivant Paul, *caput* signifierait lien de famille ; mais où trouver l'analogie la plus éloignée qui justifie cette signification ?

On pourrait dire que *caput* est synonyme de *status*, et qu'il désigne la capacité du droit. Ainsi s'expliquerait très-bien la phraséologie de *capitis deminutio*. Mais ces deux suppositions sont également arbitraires, et ne s'appuient sur aucune signification connue du mot *caput*.

Comme ce mot a sans doute une origine historique, on l'a de bonne heure rapporté aux anciennes tables du cens ou listes des citoyens. On a identifié le *caput* avec les *capita censa*, dont Tite-Live indique plus d'une fois le nombre. Si un citoyen perdait le droit de cité, la communauté des citoyens romains était diminuée d'une tête, il y avait une *caput exemptum, deletum*. La *minima cap. dem.* s'explique en ce sens que l'arrogé, perdant ses biens, passe dans une classe inférieure (*a*). Mais les partisans de cette interprétation ne sauraient se dissimuler tout ce qu'elle a de forcé, et la *cap. dem.* de l'émancipé les embarrasse avec raison. D'ailleurs, pour s'exprimer avec justesse, on devrait dire que, dans le cas proposé, le peuple romain, et non l'individu, souffre la *capitis deminutio*.

L'interprétation de Niebuhr ne présente aucune de ces difficultés (*b*). Suivant lui, on appelle *caput* la place occupée par chaque citoyen sur les listes du cens, avec toutes les mentions relatives à ses rapports personnels ; et cette signification primitive du mot *caput* est parfaitement en harmonie avec les transformations des temps postérieurs (*c*). Si, sur

(*a*) Heineccii, Antiq. jur., I, 16, § 1, 12.

(*b*) Niebuhr, Römische Geschichte, vol. I, p. 606 (4e éd.) ; vol. II, p. 460 (2e éd.).

(*c*) Du temps des empereurs, on appelait *caput* une certaine quantité de terre

la liste du cens, à côté du nom d'un citoyen, on mentionnait un changement qui le rendît *juris deterioris*, il y avait *deminutio capitis*. Cela arrivait notamment quand un citoyen perdait la liberté ou le droit de cité et était rayé tout à fait de la liste, ou quand un *paterfamilias* se faisait arroger, et était porté comme fils d'un autre citoyen. — Cette explication me paraît suffisante; néanmoins j'ajoute : pourvu que le changement préjudicable soit lié à une diminution de la capacité du droit. Je soutiens la nécessité de cette restriction, si l'on se place au point de vue des jurisconsultes romains, à une époque où le droit public avait tant perdu, le droit privé tant gagné en importance; mais il se pourrait bien que, du temps de la république, on eût aussi appelé *capitis deminutio* plus d'une dégradation purement politique et sans aucune influence sur le droit privé (*d*).

Cette explication du mot *caput* s'accorde très-bien avec le texte des Institutes cité plus haut (num. XII), où l'on dit, en parlant de l'affranchi par rapport à son esclavage antérieur : *nullum caput habuit;* car les esclaves n'étaient certainement pas portés sur les tables du cens comme personnes. L'expression employée par Paul et par Modestin pour désigner le même cas, malgré une simi-

considérée comme unité cadastrale et payant un *simplum*, c'est-à-dire, comme dans les temps anciens, une cote du registre des contributions; car, dans l'ancienne Rome, la liste des citoyens était en même temps le rôle des impôts. Cf. Zeitschrift f. gesch. Rechtsw., vol. VI, p. 323, 377.

(*d*) Niebuhr donne pour exemples le changement d'un citoyen en *ærarius*, l'exclusion de toutes les tribus, et le renvoi dans une *tribus minus honesta*. On pourrait ajouter la diminution de fortune suffisante pour être rangé dans une classe inférieure. L'infamie rentre spécialement dans ce sujet, et là on peut constater le changement du langage survenu sous les empereurs (§ 81). — J'ai dit que la *capitis deminutio* se rapportait uniquement à la diminution de la capacité du droit privé, et cette restriction est parfaitement en harmonie avec le sens restrictif donné au mot *status*. (Voy. num. V.)

litude apparente, présente une différence essentielle.

L. 3, § 1, de cap. min. (IV, 5) : Aliter atque cum servus manumittitur : quia *servile caput* nullum *jus habet*, ideo nec minui potest.

L. 4, eod : Hodie enim incipit *statum habere*.

Dans Paul, *caput* désigne évidemment l'homme, et *servile caput*, l'homme esclave. Il nie, pour ce dernier, la possibilité d'une *capitis deminutio*, non parce qu'il n'a pas de *caput* (c'est sous ce titre qu'il le désigne), mais parce que, n'ayant aucuns droits, il n'a rien à perdre, rien à diminuer. C'est dans le même sens que le second texte, celui de Modestin, refuse à l'esclave le *status* (num. VIII, *a*). On aurait donc tort de soutenir, en rapprochant ces textes de celui des Institutes, que, chez les Romains, *caput* ait été synonyme de *jus* ou de *status*.

XIV.

II. Un second argument contre l'interprétation de Paul, est l'absence totale de conséquence logique. La *maxima, media, minima cap. dem.*, sont des espèces d'un même genre, elles doivent donc avoir un élément commun qui constitue l'essence du genre. Dans notre système, l'élément commun est évidemment la diminution de la capacité qui se retrouve dans chacun des trois changements ; mais dans tout autre système on cherche vainement cet élément commun. On a essayé d'assimiler à la capacité du droit la position dans une famille d'agnats déterminée, comme condition pour succéder *ab intestat*. Mais ici on confond la capacité du droit avec les conditions de fait exigées pour l'acquisition des droits. Ainsi, la *justa causa* pour la tradition, le titre pour l'usucapion, sont, comme l'agnation, pour l'*hereditas intestati*, des conditions de fait nécessaires à une acquisition déterminée, mais ne sont pas des éléments de la capacité du droit. La perte de l'agnation est la perte d'un droit acquis déter-

miné, comme la perte de la propriété d'une maison; ni l'une ni l'autre ne touche à la capacité du droit. De même que jamais une diminution de fortune n'est appelée *capitis deminutio,* jamais on ne désignera sous ce titre la perte de l'agnation considérée en soi.

S'il n'y a aucun motif pour assimiler la perte de l'agnation à la perte de la liberté ou du droit de cité, il y a inconséquence à l'isoler d'autres événements ayant une nature identique. Le caractère essentiel de la perte de l'agnation est la dissolution d'un rapport de famille déterminé, qui nous prive en même temps de plusieurs acquisitions, notamment des successions *ab intestat.* Si cette circonstance suffit pour faire envisager la perte de l'agnation comme *capitis deminutio*, il y a plusieurs événements que l'on devrait, au même titre, ranger parmi les *cap. dem.*, et c'est ce qu'on n'a jamais fait.

Ainsi, par exemple, la répudiation. En rompant ce lien de famille important, l'homme perd l'expectative, et cela a duré jusqu'à Justinien, de réunir à ses biens la dot après la mort de la femme. Je ne comprends pas pourquoi on aurait moins d'égard à cette expectative qu'à celle de la succession des agnats.

L'émancipation devrait être aussi, pour le père, une *capitis deminutio;* car le père, en rompant le lien de famille originel, renonce à toutes les acquisitions résultant des actes de son fils, qui peut-être l'auraient plus enrichi que les successions *ab intestat* très-incertaines de tous ses agnats.

Ces difficultés n'existent pas dans notre système, car aucun de ces faits n'entraîne une diminution de capacité.

Je ne voudrais pas néanmoins attacher trop d'importance à cette argumentation. La *capitis deminutio* est une institution historique, et l'on concevrait très-bien que dans son développement et dans l'enchaînement de ses parties on ait violé les règles de la logique; mais cela n'est pas vraisemblable, et

l'explication qui sauve la conséquence logique doit être préférée à celle qui n'a pas cet avantage. Le côté faible de la doctrine de Paul se montre dans plusieurs traités modernes sur la matière. Ainsi Feuerbach et Löhr (num. I) sont contraints de flotter entre les idées de capacité et de droits acquis, afin de traiter les trois degrés de la *cap. dem.* comme trois espèces d'un même genre, tout en définissant la *minima cap. dem.* comme *familiæ mutatio.*

XV.

III. Un troisième argument contre la doctrine de Paul, c'est l'incertitude avec laquelle lui-même s'exprime sur plusieurs applications particulières. Voici un texte auquel, dans cette discussion, on a, de part et d'autre, attaché beaucoup d'importance :

L. 3, pr., § 1, de cap. min. (IV. 5) : Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, *placet minui caput* (al. *capite*), cum in aliena potestate sint, et cum familiam mutaverint. — Emancipato filio, et ceteris personis, *capitis minutio manifesto accidit :* cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Aliter atque cum servus manumittitur, etc. (voy. num. XIII).

Paul indique deux cas où il y a, suivant lui, *cap. dem* : l'un est relatif aux enfants de l'arrogé, l'autre à l'émancipé. Dans le premier cas, il dit : *placet;* dans le second : *manifesto accidit.* Je sais qu'il ne faut pas attacher trop d'importance au choix des termes dont les anciens jurisconsultes se servent pour exprimer leurs doctrines, et, dans beaucoup de textes, *placet* exprime évidemment une certitude absolue. Mais ici ces expressions, si différentes et tellement rapprochées l'une de l'autre, semblent avoir été choisies à dessein pour exprimer un degré différent de certitude. Une circonstance vient encore confirmer cette explication déjà si naturelle : Paul invoque, dans les deux cas, des motifs

tout différents, tandis qu'il eût suffi d'alléguer la *familiæ mutatio*, si tel eût été le caractère essentiel de la *minima cap. dem.* non contesté et universellement reconnu. Pour le premier cas, il invoque, à la vérité, la *familiæ mutatio ;* mais cette raison ne lui paraît pas suffisante, et il l'appuie par une autre assez singulièrement choisie : *cum in aliena potestate sint.* Sans doute, avant et après l'arrogation, les enfants sont sous une puissance étrangère ; mais leur état ne varie pas, et l'on ne comprend guère comment cette continuation d'un même état peut servir à prouver une *capitis deminutio*, qui a précisément pour caractère essentiel un changement d'état. Quand il passe au cas de l'émancipé, on voit combien il se hâte d'abandonner sa pénible argumentation : au lieu de la reproduire, il s'appuie sur le passage par la *imaginaria servilis causa* (*a*) ; puis il ajoute que, dès lors, la *cap. dem.* est évidente (*manifesto accidit*). Cette différence frappante dans le choix des termes et des preuves porte à croire que Paul voulait tirer de cette ancienne institution une conséquence pratique au moyen d'un argument hypothétique emprunté à la *minima cap. dem.*, mais dans lequel lui-même n'avait pas une entière confiance. Je donnerai plus bas de nouveaux motifs à l'appui de cette supposition (*b*).

IV. Enfin, un quatrième argument contre la doctrine de Paul se trouve dans les diverses applications qu'il faudrait, dans ce système, regarder comme des cas de la *minima cap. dem.*, et où nous savons, par des témoignages irréfragables,

(*a*) Il se pourrait bien que Paul eût écrit : « nisi in mancipii causa deductus, » et que les compilateurs aient voulu, par une périphrase, éviter cette mention d'une institution tombée en désuétude.

(*b*) D'autres ont déjà remarqué l'incertitude de la doctrine de Paul. Scheltinga, dans Fellenberg, Jurispr. antiqua, t. II, p. 519, propose, pour l'expliquer, une hypothèse peu heureuse. Les anciens jurisconsultes, dit-il, étaient divisés sur la question de savoir si, relativement à la *capitis deminutio*, la *status mutatio* devait être *in deterius*. La *disputatio fori* a résolu la question négativement ; de là les incertitudes.

qu'il n'y avait pas *capitis deminutio*. Ces applications sont encore plus décisives que les considérations générales qui précèdent. Afin de rendre la chose sensible, je vais énumérer tous les cas connus de *minima cap. dem.*

XVI.

A. L'arrogation est, dans les deux systèmes, une *cap. dem.* pour l'arrogé; car il perd la capacité du droit attachée à l'indépendance, et il sort de son agnation de naissance.

B. Les enfants de l'arrogé souffrent une *cap. dem.*, d'après la doctrine de Paul, car ils sortent de leur agnation de naissance; mais non dans la doctrine opposée, car leur capacité ne change pas (*a*). Ici se montre donc une différence pratique entre les deux systèmes (*b*). Au reste, ce cas n'a rien de décisif, car Paul est le seul jurisconsulte qui en parle, et lui même appuie son opinion sur des motifs très-incertains (num. XV).

(*a*) Quelques auteurs modernes, tout en rejetant la définition de la *minima* cap. dem. comme *familiæ mutatio*, cherchent à justifier par d'autres motifs l'application particulière que Paul fait de cette doctrine aux enfants de l'arrogé. Ainsi, par exemple, Seckendorf, De cap. dem. minima, § 15, attribue au petit-fils une *minus caput* en comparaison de son père, bien que leur état actuel soit absolument semblable. Ainsi encore Deiters, De civili cognatione, p. 41, attribue au petit-fils une *caput impeditum*, parce qu'il est plus éloigné d'un degré de l'indépendance; mais cela n'a pas rapport à l'état actuel, et ne touche que l'expectative de l'indépendance à venir; or, pour le fils de l'adrogé, l'adrogation peut éloigner cette expectative; mais cette possibilité est peu vraisemblable, car dans l'ordre de la nature l'adrogeant doit mourir avant l'adrogé.

(*b*) Cette différence pratique n'a cependant que des effets restreints; car, même dans mon opinion, l'agnation de naissance est détruite pour les enfants de l'arrogé, mais d'après un autre principe, parce que l'agnation dérivant du père, les enfants doivent avoir la même agnation que celui-ci. Reste maintenant à savoir si les dettes et les servitudes personnelles des enfants de l'arrogé subsistent ou sont abolies, question qu'il faut résoudre affirmativement ou négativement, selon que l'on admet ou que l'on rejette la *capitis deminutio*.

C. Les *causæ probationes* de l'ancien droit et les *legitimationes* du droit nouveau entraînent, dans les deux opinions, une *cap. dem.*, car toujours il y a changement de l'indépendance en dépendance, et formation d'une agnation nouvelle. Ces cas doivent être mis sur la même ligne que celui de l'arrogation (A).

D. La mancipation d'un enfant sous la puissance paternelle, ou d'une femme *in manu*, entraîne dans les deux systèmes une *minima cap. dem.* pour la personne émancipée (*c*) : dans notre système, parce que la *mancipii causa* est une dégradation, un degré plus bas de la dépendance domestique; dans le système opposé, parce que l'agnation antérieure est dissoute. Mais si l'acheteur mancipe de nouveau la personne ainsi mancipée, cela n'entraîne aucune nouvelle *cap. dem.*, car il n'y a ni dégradation ni dissolution d'agnation.

E. L'émancipation, c'est-à-dire la sortie de la puissance paternelle. La *minima cap. dem.* de l'enfant émancipé est un fait tellement avéré, si bien établi, que, pour l'un et l'autre système, il ne s'agit pas de le révoquer en doute, mais de l'expliquer sous peine d'être réfuté par lui. Quand Cicéron représente la *cap. dem.* comme faisant obstacle à la gentilité, il a probablement en vue la *cap. dem.* qui résulte de l'émancipation (§ 69, *n*). Comment donc faut-il envisager cette *cap. dem.*?

Dans notre système, elle tient à la forme exigée pour l'émancipation, à la dégradation préliminaire de la *mancipii causa* (*d*). Avant que Gaius nous eût fait connaître la nature propre de la *mancipii causa*, et le caractère essentiel qui la distingue de la *servitus*, on pouvait se demander si l'émancipation n'entraînait pas une *maxima* plutôt qu'une

(*c*) Gaius, I, § 117-118 a; § 162; Ulpian. XI, § 5. Voy. plus haut, § 67.
(*d*) Gaius, I, § 132; Ulpian. X, § 1.

minima cap. dem. (*e*). Depuis la découverte de Gaius, il n'y a plus de doute possible (*f*).

D'après les conséquences du système de Paul, la *cap. dem.* tient à ce que l'émancipé sort de sa famille d'agnats originaire.

Ici le langage des sources est remarquable. Les Institutes de Justinien, dans le texte cité plus haut (Num. XII), voulant passer sous silence l'ancienne *mancipii causa*, donnent pour motif de la *cap. dem.* le simple changement, la sortie de la *potestas*, c'est-à-dire une amélioration d'état; et cela conduit les rédacteurs à cette remarque singulière, que si la manumission de l'esclave n'est pas aussi une *cap. dem.*, proprement dite, cela vient de ce qu'avant l'affranchissement l'esclave n'avait pas de *caput*.

Paul, dans le texte cité (Num. XV), donne pour motif de la *cap. dem.*, non pas, comme on devait s'y attendre d'après ses principes, la *familiæ mutatio*, mais bien *l'imaginaria servilis causa*, c'est-à-dire le véritable motif.

Enfin, les plus grandes difficultés sont relatives à un passage de Gaius, et elles tiennent à une expression un peu obscure et à une lacune dans le texte.

Gaius, I, § 162 : Minima (capitis) deminutio est.... et in his, qui mancipio dantur, quique ex mancipio manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur, a...tur, totiens capite diminuatur.

On a cru que Gaius disait dans ce passage que non-seulement toute mancipation, mais aussi chaque manumission, entraînait une *cap. dem.* spéciale, et l'on ne savait à quel principe de droit rattacher ce dernier point. L'obscurité se trouve dans le mot *quique*, et sans doute on peut l'entendre comme s'il y avait : *et in his qui ex mancipio manumittuntur*,

(*e*) Heineccius, Antiquit., I, 16, § 12, et les auteurs qu'il cite.

(*f*) Gaius, I, § 162.

29.

ce qui indiquerait de nouveaux cas. Mais on peut aussi rapporter *quique* à *in his*, pris alors dans le sens de *et;* il servirait à mieux déterminer le cas précédent. Cette explication nous donne le moyen de remplir la lacune du texte. L'éditeur a mis « *aut* manumittatur, » ce qui présente la manumission comme un nouveau cas de la *cap. dem.;* mais il faut plutôt lire : *ac* (ou atq.) manumittatur (*g*); ce qui réunit la manumission à la mancipation de manière à ne former qu'un seul cas de la *cap. dem.* Voici le sens du texte dans son ensemble. Gaius voulant, par des exemples, faire ressortir l'idée de la *cap. dem.*, choisit entre autres choses une partie des formes de l'émancipation; leur exposition complète ne rentrait pas ici dans son but. Or, il veut dire :

La *minimà cap. dem.* est attachée à chacune des mancipations des enfants que suit chaque fois une manumission (ce sont les deux premières); ainsi, chaque mancipation conduisant à une manumission entraîne une *minima cap. dem.* spéciale.

Il aurait pu mentionner encore la troisième manumission, qui certainement entraîne aussi une *cap. dem.*, mais non la quatrième (la *remancipatio*), qui n'implique aucune nouvelle dégradation (voy. plus haut, D). Mais, afin d'abréger et en même temps d'éviter toute équivoque, il se contenta de mentionner les deux premières mancipations qui remplissaient tout à fait son but, et que désignaient clairement les deux manumissions qui les accompagnent.

Maintenant, en droit moderne, l'émancipation doit-elle être encore regardée comme une *cap. dem.?* Lors de la rédaction des Institutes et du Digeste, les anciennes mancipations n'existaient plus depuis longtemps, et les formes désormais usitées n'avaient pour l'enfant aucun caractère de

(*g*) Cette conjecture a déjà été proposée par Deiters, De civili cognatione, p. 41, 42, et approuvée par Huschke, Studien, vol. I, p. 222. — Schilling, Institutionen, vol. II, § 32, note 3, rejette toute cette explication.

dégradation. Deux motifs pouvaient déterminer le législateur à maintenir l'émancipation comme *cap. dem.*, le droit de patronage du père et la dissolution de l'agnation. Mais Justinien ayant déjà aboli dans ce cas la dissolution de l'agnation (§ 69), restait seulement le droit de patronage. Mais ce droit n'est pas en réalité une suite et un trait caractéristique de la *cap. dem.*; d'ailleurs, la dernière législation de Justinien l'avait complétement effacé. On ne pourrait donc sans inconséquence regarder encore aujourd'hui l'émancipation comme une *cap. dem.*

F. L'adoption, prise dans l'acception étroite du mot, ne présente aucune difficulté; car elle a précisément la même nature que l'émancipation. Comme l'émancipation, elle était liée aux dégradations de la *mancipii causa* (*h*), et elle dissolvait incontestablement l'agnation d'origine. En droit Justinien, elle pourrait tout au plus entraîner une *cap. dem.* dans un cas spécial, quand le père adoptif est en même temps un ascendant naturel; car alors il y a certainement dissolution de l'agnation originaire. Mais, d'après les principes que j'ai développés, cette circonstance ne suffit pas pour constituer une *cap. dem.*

XVII.

G. In manum conventio.

Si auparavant la femme était *sui juris*, la *in manum conventio* entraîne la *cap. dem.*; cela est incontestable dans les deux systèmes. Car elle voyait diminuer sa capacité, et elle sortait de sa famille pour entrer dans celle de son mari (*a*); quelle que fût d'ailleurs l'origine de la *in manum conventio*, soit la *confarreatio*, la *coemtio*, ou l'*usus*.

Il n'en était pas de même quand la femme sortait de la

(*h*) Gaius, I, § 134.

(*a*) Gellius, XVIII, 6. Elle devenait sœur de ses propres enfants, et des enfants de son mari nés d'une autre femme. Gaius, III, § 14.

puissance paternelle pour entrer dans la *manus*. Ici, d'après l'opinion de Paul, on doit admettre une *cap. dem.;* car il y a évidemment *familiæ mutatio;* mais non pas d'après notre opinion, car il n'y a là aucune diminution de capacité, et la femme mariée *in manu,* étant tout à fait assimilée à une fille, jouissait des mêmes droits que celle-ci; et les formes employées pour arriver à la *in manum conventio* n'impliquaient aucune dégradation préliminaire comme l'émancipation et l'adoption. Quant à la *confarreatio* et à l'*usus*, cela est évident. Pour la *coemtio*, on pourrait concevoir une *mancipii causa* semblable à celle de l'adoption; mais Gaius, qui décrit avec détail ces diverses formalités, parle de la dégradation passagère pour l'adoption; mais il n'en dit pas un mot pour la *coemtio* (*b*).

Si nous avions des témoignages irrécusables sur la question de savoir si la *coemtio* d'une fille sous la puissance paternelle entraînait ou non la *cap. dem.*, ce serait un argument en faveur de l'un ou de l'autre système; mais les passages des anciens sont là-dessus peu concluants.

Cicero, Top., c. 4 : Si ea mulier testamentum fecit, quæ se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto Prætoris secundum eas tabulas possessio dari.

Cette proposition implique la proposition inverse : par la *cap. dem.*, la femme devient capable de tester. Ici, la *cap. dem.* est évidemment, ainsi que l'entend Boethius, celle résultant de la *in manum conventio.* Comme Cicéron ne distingue pas entre les femmes indépendantes et dépendantes, il paraîtrait que les unes et les autres pourraient de la même manière acquérir la capacité de tester; il s'ensuivrait, en outre, et cela importerait beaucoup à notre question, que pour les femmes indépendantes et dépendantes, la *in manum conventio* s'appelait *cap. dem.* Mais cette preuve

(*b*) Gaius, I, § 134 et § 113.

apparente s'évanouit quand on compare le passage de Cicéron avec Gaius, I, § 115 *a*, qui traite la question avec bien plus d'exactitude; là, il nous apprend que la *coemtio* ne suffit pas seule pour rendre le testament possible; qu'il faut en outre une rémancipation et une manumission. Cette *mancipii causa* entraînait évidemment et dans tous les systèmes une *cap. dem.*; et ainsi le passage de Cicéron perd sur notre question toute influence décisive.

Gaius cite deux fois la *coemtio* comme exemple de la *cap. dem.* (I, § 162, et IV, § 38), mais toujours à côté d'autres exemples, et en termes trop peu précis pour que l'on reconnaisse s'il s'agit de femmes indépendantes ou de femmes dépendantes.

Ulpien, XI, § 13, cite en termes également vagues la *coemtio* comme exemple de la *minima cap. dem.* Mais comme il en parle à l'occasion du principe que toute *cap. dem.* fait cesser la tutelle légale, et que les femmes indépendantes ont seules un tuteur, on est autorisé à croire que dans son exemple Ulpien avait seulement en vue la *coemtio* des femmes indépendantes.

Nous trouvons dans Tite-Live un passage remarquable relatif à l'histoire des Bacchanales et beaucoup plus précis. Il s'agit d'une affranchie *sui juris*, soumise à la tutelle dative et qui avait déjà fait un testament (*c*). Pour reconnaître le service éminent qu'elle a rendu à la république en découvrant une vaste et dangereuse conspiration, un sénatus-consulte lui accorde entre autres choses les priviléges suivants :

Livius, XXXIX, 19 : Utique Feceniæ Hispalæ *datio, deminutio*, gentis enuptio, tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset.

(*c*) Livius, XXXIX, 9 : Quin eo processerat consuetudine capta, ut post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore a tribunis et prætore petito, quum testamentum faceret, unum Æbutium institueret heredem.

Les mots *datio*, *deminutio* donnent si peu de sens, que la correction *capitis deminutio* ne souffre aucune difficulté (*d*); et seule elle peut établir un parallélisme sensible dans l'expression des trois priviléges ainsi rapprochés. Ici, *capitis deminutio* désigne, sans aucun doute, le droit de subir la *coemtio*. Or, comme la femme était *sui juris*, il n'est évidemment ici question, comme *cap. dem.*, que de la *coemtio* d'une femme indépendante, et cela est encore plus certain que dans les autres textes cités.

XVIII.

H. Enfin, les cas les plus importants où il faille établir le véritable caractère de la *capitis deminutio* en général, et de la *minima* en particulier, sont la consécration du *flamen Dialis* et des vestales.

Les anciens jurisconsultes disent, en parlant des vestales, qu'elles sortent de la puissance paternelle (*a*). Mais Aulu-Gelle nous donne, sur leur changement d'état, des renseignements beaucoup plus précis, et d'après les autorités les plus sûres, d'après les écrits de Labéon et de Capiton. Voici comment il s'exprime dans deux endroits de ce chapitre :

Virgo autem Vestalis simul est capta... eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit, et jus testamenti faciundi adipiscitur.

Præterea in commentariis Labeonis quæ ad XII Tab. composuit, ita scriptum est : Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatæ quisquam : sed bona ejus in publicum redigi aiunt. Id quo jure fiat, quæritur.

(*d*) Cette correction a déjà été proposée par Huschke, de Privil. Feceniæ Hispalæ; Goett., 1822, p. 25; néanmoins, en expliquant ce texte il y cherche des difficultés imaginaires.

(*a*) Gaius, I, § 130; Ulpian., X, § 5.

D'après ce texte, il me paraît hors de doute que l'agnation, entre la vestale et sa famille, était détruite. Ainsi s'explique naturellement l'abolition des successions *ab intestat* réciproques; car la vestale avait des biens, puisque même elle pouvait tester. La continuation de l'agnation, le droit de succéder une fois éteint, n'aurait eu aucun sens pratique, car la tutelle, second résultat pratique de l'agnation, n'existait pas pour les vestales, et cela d'après les XII Tables (*b*). Mais, dira-t-on, si l'agnation était détruite, comment Labéon peut-il ajouter : *id quo jure fiat, quæritur*, car la dissolution de l'agnation explique évidemment la perte des droits successifs ? A cette objection je ferai plusieurs réponses. D'abord, si cette question peut appartenir à Labéon, elle peut aussi être une addition d'Aulu-Gelle. D'ailleurs elle donne un sens très-simple, si on la rapporte au cas qui précède immédiatement, le retour à l'État. En effet, cela a quelque chose d'extraordinaire; car, dans l'ancien droit, celui dont parle Labéon, les biens sans héritiers étaient toujours regardés comme sans maîtres, et c'est la lex Julia caducaria qui, la première, établit le principe général du retour à l'État (*c*).

Si, d'après ce texte, nous admettons que la vestale perdait son agnation, et d'après les témoignages cités elle ne subissait certainement aucune *cap. dem.*, nous trouvons ici une réfutation directe de la doctrine de Paul, qui considère comme *cap. dem.* toute perte de l'agnation. Ce texte nous fournit encore une preuve complète de l'insuffisance de l'ancienne definition de la *cap. dem.* comme *status mutatio*. La vestale subissait incontestablement un changement de *status* par la perte de l'agnation, et, si l'on nie cette perte de l'agnation, par la dissolution de la puissance paternelle.

(*b*) Gaius, I, § 145.

(*c*) Cicero, de Legibus, II, 19. Ulpian., XXVIII, 7. Cf. Zeitschrift f. gesch. Rechtsw., vol. II, p. 378.

Comme néanmoins elle ne subissait pas de *cap. dem.*, il fallait bien que le mot *cap. dem.* désignât autre chose qu'un changement du *status*. Je me trouve ainsi justifié du reproche de vouloir rectifier arbitrairement une définition des anciens jurisconsultes.

La consécration du *flamen Dialis* fournit une preuve semblable, quoique moins complète, à l'appui de notre opinion. Lui aussi sortait de la puissance paternelle (*d*), et ce changement important de *status* n'était pas non plus considéré comme *capitis deminutio* (*e*). Le parallèle serait complet, si nous pouvions prouver que le *flamen* perdait aussi son agnation. Cela est vraisemblable, non-seulement à cause de l'analogie résultant du rapprochement de la vestale fait par Gaius et Ulpien, mais parce qu'il y aurait eu inconséquence à dissoudre la puissance paternelle, et à laisser subsister l'agnation; d'ailleurs on ne sait dans quelle relation le fils se fût trouvé vis-à-vis du père, car on ne concevrait pas qu'il lui eût été plus étranger qu'aux autres agnats.

La question qui nous occupe suppose une controverse entre les anciens jurisconsultes eux-mêmes, où l'on préfère l'autorité de Labéon et de Capiton à celle de Paul, non que ce dernier leur fût de beaucoup inférieur, mais parce qu'il s'agit ici d'une institution de l'ancien droit, dont l'intelligence complète était plus accessible au temps de Labéon et de Capiton qu'à celui de Paul. Ensuite, il n'y a pas ici controverse véritable, comme si, par exemple, Paul eût soutenu la *cap. dem.* de la vestale et du *flamen*, et que Labéon l'eût niée. Les jurisconsultes de tous les temps semblent s'accorder pour nier cette *cap. dem.*; ainsi Gaius, par rapport au *flamen*, et Ulpien dans le texte suivant :

(*d*) Tacitus, Ann., IV, 16; Gaius, I, § 130, Ulpian., X, § 5.
(*e*) Gaius, III, § 114.

L. 3, § 4, de Sc. Maced. (XIV, 6) : Si a filiofamilias stipulatus sim, et patrifamilias facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris *vel alia sui juris sine capitis deminutione fuerit effectus*, debet dici cessare Senatus consultum quia mutua jam patrifamilias data est.

Ces mots *vel alias, etc.*, ne peuvent évidemment désigner que le *flamen* ou la vestale, ou tous deux ensemble, ce qui est encore plus probable. Peut-être même Ulpien avait-il formellement exprimé ces deux cas, et les compilateurs auront préféré ces termes abstraits. — Il ne s'agit donc pas, comme dans une controverse véritable, de décider une question pratique, mais de fonder une théorie scientifique sur des règles reconnues généralement, et ici la critique logique, en présence des anciens jurisconsultes, a plus de latitude et de liberté.

XIX.

J'ai essayé de montrer que les explications de la *cap. dem.* données par les anciens jurisconsultes sont en partie incomplètes, en partie inexactes ; pour faire admettre une pareille assertion, il importe surtout d'expliquer l'origine probable des défauts que je signale.

Les Romains avaient une ancienne doctrine des trois espèces de *capitis deminutio*, naturellement sans définition, mais nullement douteuse quant à ses effets et à ses applications particulières les plus nombreuses et les plus importantes. D'un autre côté, il y avait certains cas où la *cap. dem.* était moins contestée que non déterminée, soit qu'ils ne se fussent jamais présentés, soit qu'ils n'eussent pas éveillé l'attention. Quand, plus tard, la science se fut développée, on essaya de systématiser l'ancienne doctrine ; on l'essaya de plusieurs manières, et cela ne doit pas nous surprendre. La plupart des jurisconsultes se contentèrent de définir la

cap. dem. comme une *status mutatio*. J'ai blâmé cette définition, non comme fausse, mais comme incomplète, et l'on ne m'accusera pas de témérité, si l'on réfléchit que les définitions des anciens jurisconsultes sont en général défectueuses. Ce qui importait le plus, c'était de ne pas traduire en fausses applications les conséquences d'une définition incomplète, et l'intelligence pratique des jurisconsultes romains les préservait de ce danger. Si l'on eût demandé à Gaius ou à Ulpien si le *Latinus*, par l'obtention du droit de cité, le fils par la mort de son père, subissait une *cap. dem.*, sans doute ils n'auraient pas répondu affirmativement, pour rester fidèles à leur définition et à ses déductions rigoureuses.

Paul suivit une autre route; et voici comment je m'explique la filiation de ses idées. Il considéra que l'effet le plus important, commun aux différents cas de la *minima cap. dem.*, était la perte de l'agnation; car depuis longtemps la restitution avait annulé l'extinction des dettes, et bien rarement un usufruit reposait sur la tête de celui qui subissait la *cap. dem.*, tandis que toujours il sortait de la famille. Paul considéra cet effet isolé comme l'essence de la *cap. dem.*, sans s'inquiéter d'obscurcir l'origine historique de l'institution elle-même et de son nom. Les cas les plus nombreux et les plus ordinaires de la *cap. dem.*, l'arrogation, l'émancipation, la *in manum conventio* d'une femme indépendante, sortaient régulièrement de sa définition. Il en tira aussi la *cap. dem.* des enfants de l'arrogé; mais, n'ayant probablement pas trouvé cette application dans les auteurs, il la présenta comme son opinion particulière (*placet*). Néanmoins il ne se montre pas tellement fidèle à sa définition, que parfois il n'adopte un autre ordre d'idées; c'est ainsi qu'il rapporte la *cap. dem.* de l'émancipé à la dégradation de la *mancipii causa*, sans doute parce que, se trouvant d'accord avec tous les anciens auteurs, il regarde cette ex-

plication comme moins hasardee, moins hypothétique (*manifesto accidit*).

Je puis maintenant expliquer dens son entier le texte de Paul, qui a exercé une si grande influence sur la doctrine des trois *status* adoptés par les auteurs modernes (Num. X).

L. 11, de cap. min. (IV, 5): Capitis deminutionis tria genera sunt : maxima, media, minima. *Tria enim sunt quæ habemus : libertatem, civitatem, familiam.* Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem; cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse capitis deminutionem constat.

La route qu'il avait choisie le conduisait à représenter la *minima cap. dem.* comme une *familiæ mutatio.* On avait de tout temps admis trois degrés dans la *cap. dem.;* Paul chercha à rendre sensible l'unité de cette triple division, en désignant les objets dont chacune entraîne la perte, et ce seraient : la liberté, le droit de cité, la famille. Mais qu'ont de commun entre eux ces trois rapports tout à fait disparates? Rien, sinon que nous les avons (*tria sunt quæ habemus*). On pourrait admettre l'explication, si ces trois objets étaient effectivement les seuls que nous possédions; mais, comme nous en avons encore quelques autres, par exemple le mariage, la puissance paternelle, la propriété, les servitudes, les créances, etc., et que nous pouvons perdre également chacun d'eux, le lien qui doit réunir sous une même unité les trois degrés de la *cap. dem.* est vraiment par trop faible. Le texte de Paul ne nous apparaît donc que comme une tentative malheureuse de donner à la triple *capitis deminutio* une base rationnelle. On ne peut pas même alléguer que ces trois objets *quæ habemus* aient une importance supérieure à celle des autres objets que j'ai cités sous forme d'exemple. Mais la théorie de Paul,

d'ailleurs si peu satisfaisante, a au moins un avantage sur la définition des autres jurisconsultes romains : elle ne mène pas à représenter faussement l'obtention du droit de cité ou la mort du père comme *cap. dem.*

Malgré tous ces défauts, le texte de Paul n'en est pas moins la base fondamentale que les auteurs modernes donnent à la doctrine des trois *status*. Sans doute ils supposent tacitement que Paul exprime une idée commune à tous les jurisconsultes romains ; mais c'est une supposition que je repousse absolument. Si elle était fondée, la doctrine des trois *status*, comme la triple *capitis deminutio*, serait nettement formulée et porterait le sceau d'une expression ancienne et technique, au lieu de reposer sur une désignation singulièrement vague : *sunt quæ habemus*. J'ajoute que le mot *status* se présentait trop naturellement pour n'être pas employé, si ces trois choses (*tria*) eussent été effectivement regardées comme les trois espèces de *status*. Ainsi donc, rien ne justifie la supposition de la généralité de cette doctrine ; mais dans Paul lui-même elle n'a pas cette précision rigoureuse et réfléchie que lui attribuent les auteurs modernes d'après l'autorité de ce texte. C'était chez lui une idée hasardée, une tentative momentanée de résumer par une circonlocution l'ancienne doctrine de la triple *capitis deminutio*, en prenant toutefois la *minima cap. dem.* comme *familiæ mutatio*. Voilà ce qui lui appartient en propre. Mais quand il parle de la *cap. dem.* résultant de l'émancipation (L. 3, § 1, de cap. min.), il en revient à l'explication ordinaire, celle de la *servilis causa*, et il abandonne son idée ; preuve évidente que lui-même ne la regardait pas comme certaine et inattaquable.

XX.

La critique de la *cap. dem.* que j'ai essayé d'établir peut suffire pour apprécier les travaux des auteurs qui ont traité

ce sujet, et dont j'ai donné la liste Num. I. Au lieu d'analyser ces ouvrages, je me contenterai de quelques observations.

Conradi, dont les opinions méritent en général une attention sérieuse, pose en principe la définition de la *minima cap. dem.* comme *familiæ mutatio;* cette fausse supposition l'oblige de rejeter la *servilis causa* comme motif de la *cap. dem.* résultant de l'émancipation (p. 180), et elle le conduit à une interprétation forcée dont on trouverait difficilement un autre exemple dans ses écrits. Il traduit ces mots de la L. 3, § 1, de cap. min. : *manifesto accidit,* non par : est encourue évidemment, mais par : devient visible, se manifeste à nos sens au moyen des actes symboliques.

Seckendorf combat la doctrine de Paul, et il donne les points essentiels de la doctrine que j'ai exposée. C'est, à ce qu'il paraît, le premier ouvrage imprimé où cela ait été fait.

On a essayé autrefois de jeter sur les principes de Paul de la lumière et de l'harmonie; et cet essai, remarquable de nos jours encore, a eu du retentissement. Voici l'explication proposée pour la première fois par Hotomanus :

Il y a, dit-il, trois corporations différentes d'étendue, où chaque homme peut se trouver placé (*a*) : la corporation de tous les hommes libres de la terre, celle des citoyens romains, celle des membres d'une famille d'agnats déterminée. Si un membre d'une de ces corporations vient à en sortir, la corporation est diminuée d'une tête, elle souffre une *capitis deminutio,* expression transportée par hypallage au membre sortant lui-même. Cette locution une fois adoptée, *caput* servit à désigner la position d'un membre au sein de l'une

(*a*) Il les appelle indifféremment *corpus ordo, collegium.* — L'idée fondamentale de ce système a été adoptée par Ducaurroy et Zimmern (voy. Num. I), et par Vangerow, Pandecten, I, p. 61.

de ces corporations (*b*). Le mot *status*, dans la définition de la *cap. dem.*, comme *status mutatio*, a aussi le même sens(*c*); autrement il faudrait dire, et tout à fait à tort, que le fils souffre par la mort de son père une *cap. dem.* — Cette explication établit une concordance apparente dans la doctrine de Paul ; mais on ne peut lui donner d'autre éloge, car elle ne soutient pas un examen approfondi. D'abord, la corporation de tous les hommes libres, d'où l'on pourrait sortir comme on sort du cercle des citoyens romains, est une idée aventureuse et surtout étrangère aux Romains. Ensuite, la réunion des agnats est sans doute un principe de droit et un principe important, car il sert de base à la succession ab intestat et à la *legitima tutela*. Mais ce n'est là qu'un des divers liens de famille qui établit entre plusieurs hommes une association plus étroite. Ce lien n'est pas le plus important de tous, et l'on ne conçoit pas pourquoi il faudrait, d'après cette doctrine, lui attribuer une telle supériorité sur les autres rapports de famille. Enfin, c'est une hypothèse arbitraire et dépourvue de toute vraisemblance que de transporter la locution *capite minui*, de la corporation effectivement diminuée, à l'individu qui la diminue en la quittant. Ainsi donc l'explication d'Hotomanus a le mérite d'être ingénieuse et rien de plus.

(*b*) Hotomanus, l. c. : Scire oportet, caput in hoc ipso tractatu significare jus, quod aliquis ob eam causam habet, quia caput sive locum in ordine aliquo illorum trium obtinet.

(*c*) Intelligi oportet, status verbo in hoc tractatu significari a Ictis, condicionem personæ in eorum ordine stantis (i. e. numerum efficientis) qui vel libertatem, vel cum libertate civitatem, vel cum utraque familiam obtinent.

APPENDICE VII.

SUR QUELQUES POINTS DOUTEUX DE LA DOCTRINE DE L'INFAMIE.

(§ LXXVII ET § LXXXII.)

I.

L'infamie, comme institution de droit, est-elle applicable aux femmes?

Ceux qui considèrent l'exclusion du droit de postuler comme l'effet unique ou principal de l'infamie doivent juger cette application sinon impossible, du moins superflue. Le préteur, dans un second édit, ayant défendu à toutes les femmes en général de postuler pour autrui, il était tout à fait inutile de reproduire cette défense, mitigée par des exceptions au sujet de certaines femmes, les infâmes (§ 78).

Si au contraire, d'après la doctrine que j'ai essayé d'établir, on regarde l'infamie comme la perte des droits politiques (§ 79-81), son application n'a aucun sens pour les femmes, car jamais les femmes n'ont exercé les droits politiques. Ainsi s'explique directement pourquoi la table d'Héraclée (lex Julia municipalis), dont le seul objet est de régler la capacité de certains droits politiques, ne peut faire mention des femmes dans son énumération des infâmes (§ 80).

Quelle est, à notre question, la réponse des sources du

droit? L'édit du préteur sur les infâmes, inséré dans le Digeste, passe les femmes sous silence avec intention et d'une manière remarquable, là où on s'attendrait à les voir nommer. Si une veuve contracte un second mariage avant l'expiration du délai fixé par la loi, sont déclarés infâmes : le père de la veuve, si elle est encore sous sa puissance, le second époux, s'il est indépendant, et, dans le cas contraire, son père ; mais on ne dit pas un mot de la veuve, quoique certainement la principale coupable.

Si l'on cherchait dans ce silence de l'édit la confirmation de l'une ou l'autre opinion que je viens d'exposer sur la signification pratique de l'infamie, tout serait remis en question par un grand nombre de textes qui représentent l'infamie de la veuve elle-même comme une chose certaine et généralement reconnue (§ 77, *y*). Ces textes semblent donc en contradiction avec le caractère essentiel de l'infamie et avec le contenu de l'édit du préteur.

Maintenant, comment résoudre cette difficulté?

II.

La loi Julia prononce, d'après le témoignage d'Ulpien (XIII, § 1, 2), les prohibitions de mariage suivantes, que je distinguerai par des chiffres pour faciliter la discussion.

Lege Julia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum 1) libertinas 2) et quæ ipsæ 3) quarumve pater materve artem ludicram fecerit, 4) idem corpore quæstum facientem.

Ceteri autem ingenui prohibentur ducere 5) lenam 6) et a lenone lenave manumissam, 7) et in adulterio deprehensam, 8) et judicio publico damnatam, 9) et quæ artem ludicram fecerit; 10) adjicit Mauricianus, et a senatu damnatam.

La première chose qui nous frappe dans ces prohibitions, c'est la distinction notable établie entre les deux classes. Si

les prohibitions étaient en général plus rigoureuses pour les sénateurs, telles, par exemple, que celle relative aux affranchies, cela se concevrait naturellement; mais nous voyons aussi le cas inverse, car les mariages n[os] 5, 6, 7, 8, 10, interdits aux hommes nés libres, ne le sont pas aux sénateurs. Peut-être dira-t-on que les prohibitions relatives aux hommes nés libres sont la règle générale, et embrassent aussi les sénateurs commes nés libres; mais cela ne serait pas tout à fait exact, puisque les prohibitions n[os] 2 et 9 sont formellement exprimées pour l'une et l'autre classe.

Les jurisconsultes rectifièrent par voie d'interprétation les expressions défectueuses de la loi; non-seulement ils étendirent aux sénateurs, par identité de raison, quelques-unes des prohibitions prononcées contre les hommes nés libres (*a*), mais ils posèrent cette règle très-naturelle, que toute prohibition prononcée contre les hommes nés libres s'appliquait aussi aux sénateurs (*b*). Ils allèrent plus loin encore. La loi Julia avait évité le mot infamie, sans doute parce que, d'après l'ancien droit, l'infamie n'atteignait pas les femmes (Num. I); mais, dans l'énumération des différents cas, elle avait en vue la même idée (*c*), et plusieurs de

(*a*) L. 43, § 6, de ritu nupt. (XXIII, 2) : « Lenocinium facere *non minus* « *est* qoam corpore quæstum exercere. » Tout ce texte est relatif aux prohibitions de mariage particulières aux sénateurs. La loi Julia ayant parlé du *quæstus corpore*, et non du *lenocinium*, le jurisconsulte croit nécessaire d'établir par argumentation que le *lenocinium* est compris dans les motifs de prohibition, bien que le *lenocinium* fût nommé parmi les causes de prohibition relatives aux affranchies.

(*b*) L. 43, § 8, de ritu nupt. (XXIII, 2) : « Eas quas ingenui ceteri prohiben- « tur ducere uxores, senatores non ducent. »

(*c*) C'est ainsi que l'entendaient les anciens jurisconsultes, car dans leurs commentaires sur la loi ils emploient les expressions que l'édit du préteur appliquait aux infames. L. 43, § 12, 13, de ritu nupt. (XXXII, 2) : lege *notatur*, » « erit *notuta*, » « idcirco *notetur*, » « *noteta* erit, » « quia factum lex, non sententiam *notaverit*, » etc.

ces cas figuraient expressément dans l'édit du préteur sur les infâmes. Ainsi, par exemple, la femme condamnée pour vol n'était-elle pas soumise à la prohibition de la loi Julia? Rien donc de plus naturel que de formuler cette règle : tous les cas d'infamie sont pour les hommes nés libres, et par conséquent pour les sénateurs, des causes de prohibition de mariage; pour les sénateurs, en outre, la libertinité de l'autre conjoint; et c'est précisément dans ces termes que s'exprime Ulpien (*d*). Réciproquement, toutes les causes de prohibition énumérées par la loi Julia, quand même elles ne se trouvaient pas déjà dans l'édit, durent être considérées comme de véritables cas d'infamie, sauf le cas de la simple libertinité, car cette prohibition ne tenait pas à des considérations morales. La distinction entre les sénateurs et les hommes nés libres se montrait sous deux rapports : l'extension de la prohibition aux affranchies, sans égard à leur considération individuelle; ensuite l'application de la prohibition aux hommes infâmes qui ne pouvaient épouser les filles ni les petites-filles des sénateurs, tandis que, dans la classe des hommes nés libres, la prohibition de mariage atteint seulement les femmes infâmes.

Par suite de ce développement naturel des idées, l'infamie reçut une extension remarquable. Elle désigna dès lors : pour les hommes, la perte des droits politiques, et l'incapacité de contracter mariage avec les femmes descendant des sénateurs; pour les femmes, l'incapacité du mariage avec tous les hommes nés libres en général, ce qui comprenait

(*d*) Ulpian., XVI, § 2 : « Aliquando nihil inter se capiunt, id est si contra legem Juliam Papiamque Poppeam contraxerint matrimonium : verbi gratia, *si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.* » *Si quis,* c'est-à-dire tout individu, sénateur ou autre, en sous-entendant néanmoins *ingenuus*. *Famosam* est sans aucun doute synonyme de *infamem*, et Ulpien, en particulier, emploie ces expressions indifféremment l'une pour l'autre. L. 6, § 1, de his qui not. (III, 2).

évidemment les sénateurs et leurs fils. Malgré cette extension, l'idée d'infamie était aussi rigoureusement déterminée qu'autrefois (§ 78), et ne se perdait pas dans le vague de la mauvaise réputation ou de l'*infamia facti*.

Je n'ai pas besoin de dire que les jurisconsultes et les empereurs reconnaissaient ces nouveaux cas de l'infamie et en faisaient l'application (§ 77, *y*); mais ces nouveaux cas devaient-ils figurer dans l'édit du préteur sur les infâmes? Pour la plupart, il n'y avait besoin d'aucun changement, car les termes de l'édit (furti, mandati damnatus, etc.) pouvaient en eux-mêmes s'appliquer aux deux sexes, et il suffisait de ne plus sous-entendre, comme autrefois, l'exclusion des femmes. Dans les cas mêmes où l'édit excluait nominativement les femmes (§ 77), la pratique ne réclamait pas ce changement, car l'édit du préteur ne s'occupait des infâmes que pour leur refuser le droit de postuler en justice, et, sous ce rapport, l'infamie n'établissait pas de distinction entre les femmes (Num. I). Néanmoins on fit cette addition que n'exigeait pas la pratique, et on compléta l'édit en y insérant les cas spécialement relatifs aux femmes (Num. VIII) : sans doute, parce que l'édit du préteur était le seul monument revêtu d'une autorité législative où se trouvât la liste des infâmes.

III.

Quelle signification avait la prohibition de mariage prononcée par la loi Julia, ou, en d'autres termes, quelles étaient, pour les femmes, les conséquences pratiques de l'infamie?

D'après l'expression d'Ulpien, *prohibentur*, d'ailleurs en harmonie avec les termes de la loi (*a*), on pourrait croire

(*a*) L. 44, pr. de ritu nupt. (XXIII, 2) : « ne quis eorum sponsam uxoremve... habeto; » plus loin : « neve senatoris filia... sponsa nuptave esto, » enfin : « neve quis eorum... sponsam uxoremve eam habeto. »

que, dans tous ces cas, il n'y avait pas de *connubium*, c'est-à-dire que le mariage ainsi contracté était nul, comme de tout temps le mariage entre frères et sœurs. Ou bien faut-il admettre que la loi laissait à ce mariage tous les effets que lui attribuait l'ancien droit, et que seulement elle retirait aux époux les priviléges établis par elle en faveur des gens mariés opposés aux célibataires? Cette distinction paraît bien subtile, et néanmoins nous sommes forcés de la tenir pour vraie. Ainsi donc le mariage lui-même était valide, et les enfants naissaient sous la puissance paternelle. Mais, relativement aux conditions de la capacité, les époux étaient regardés comme non mariés; dès lors chacun d'eux était incapable d'acquérir par testament, soit de son conjoint, soit d'un tiers. Quant à la question de savoir si les enfants issus d'un pareil mariage conféraient ou non des priviléges à leurs parents, il n'y avait pas de principe bien arrêté, car, parmi ces priviléges, on accordait les uns et on refusait les autres. Il s'agit maintenant d'établir ces différents points.

1) Ulpien, XVI, 2, dit expressément, en parlant d'un mariage contraire à la loi Julia, que les époux ne peuvent rien se laisser par testament (Num. II, *c*). C'est là une prohibition positive indépendante de la validité du mariage, car, sa nullité admise, on comprenait de reste que cette union de fait n'avait aucun caractère juridique. Comment, d'ailleurs, Ulpien aurait-il cité comme motif d'incapacité ce cas particulier de nullité, sans parler des autres, tels que la parenté, etc., qui se présentaient naturellement (*b*)?

(*b*) Néanmoins je reconnais que la proposition d'Ulpien renferme deux choses : 1° ils ne jouissent pas des avantages qui résultent du seul fait du mariage entre personnes capables; 2° ils ne peuvent rien se laisser par testament, quand même ils auraient capacité pour recevoir de personnes étrangères, si, par exemple,

2) Le père de trois enfants pouvait refuser une tutelle qui lui était déférée, mais les enfants devaient être *justi liberi*. Là-dessus s'éleva la question de savoir si cette expression devait se prendre dans le sens de l'ancien *jus civile*, ou des prescriptions rigoureuses de la loi Julia ? Un ancien jurisconsulte adopte la première opinion, c'est-à-dire la plus douce (*c*). D'après cette décision, on voit que si la loi Julia ne reconnaissait pas le mariage, c'était par rapport à certains buts spécialement déterminés ; s'il se fût agi d'une nullité absolue, les enfants n'auraient pas été les enfants de leur prétendu père (*d*).

Si donc, dans certains cas, la loi Julia prononçait la nullité du mariage, ce que je nie, il n'y avait pas, pour les excuser, de tempérament possible ; si, au contraire, et c'est ce que je prétends, la loi Julia admettait la validité du mariage et lui refusait seulement certains priviléges, la controverse était possible, car les excuses constituant un privilége arbitraire, on pouvait toujours soutenir qu'il ne fallait pas compter les enfants nés d'un mariage valide, mais contraire à la loi Julia.

la femme a mis au monde trois enfants. La conséquence que je tire de ce texte est vraie pour le premier cas, mais non pour le second.

(*c*) Fragm. Vaticana, § 168 : « Quidam tamen justos *secundum has leges* putant dici... Sed justorum mentio ita accipienda est, *uti secundum jus civile* « *quæsiti* sint. » — Le jurisconsulte dit en termes exprès que l'opinion contraire avait aussi ses partisans, et dans un cas semblable l'opinion plus rigoureuse l'avait emporté. Un affranchi ayant deux enfants vivants était libéré de ses devoirs et de ses charges envers son patron, et on dit à ce sujet : « *ex lege* autem nati liberi prosunt. » (L. 37, § 7, de operis libert., XXXVIII, 1). La *lex* est naturellement la loi Julia qui établit ce genre de privilége en faveur des affranchis.

(*d*) § 12, J. de nupt. (I, 10) : « Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint : nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur... tales sunt... quales sunt ii, quos vulgo mater concepit : nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum his etiam pater est incertus. »

3) La veuve qui se remarie pendant l'année de deuil est infâme (§ 77, *y*). La loi Julia et son interprétation défendent à toutes les femmes infâmes d'épouser un homme né libre (Num. II). Si cette prohibition eût entraîné la nullité de tout mariage entre une femme infâme et un homme né libre, dans le cas où la veuve se remarie pendant l'année de deuil, il n'y aurait pas eu de mariage, il n'y aurait pas eu de dot (note *d*). Or, les lois des empereurs qui fixent les peines du mariage prématuré reconnaissent en termes si formels sa validité et surtout l'existence juridique d'une dot véritable (*e*), que le seul moyen de ne pas se mettre en contradiction avec elles est de reconnaître, comme je l'ai fait ici, que la loi Julia, en prohibant certains mariages, n'a pas en vue leur nullité.

4) Les événements accomplis par la suite confirment encore mieux notre opinion sur le sens pratique de la loi Julia. Un décret du sénat rendu sous Marc-Aurèle prononça la nullité des mariages contractés entre les affranchis et les sénateurs ou leurs descendants, et depuis ce fut toujours à ce décret du sénat que l'on rapporta la nullité de ces mariages (*f*). Il faut de là conclure nécessairement :

(*e*) L. 1, C. de secund. nupt. (V, 9.) — On ne répondrait pas à cette objection en disant que le mariage, nul dans le principe, devenait valide après l'expiration de l'année de deuil. L'infamie de la femme, comme toute espèce d'infamie, était perpétuelle. Si donc en général l'infamie empêchait la femme de contracter mariage avec un homme libre, cette incapacité ne se couvrait par aucun laps de temps.

(*f*) L. 16, pr. de ritu nupt. (XXIII, 2) : « Oratione D. Marci cavetur, ut si Senatoris filia libertino nupsisset, *nec nuptiæ essent ;* quam et Senatusconsultum secutum est. » L. 16, de spons. (XXIII, 1) : « Oratio Impp. Antonini et Commodi, quæ *quasdam nuptias in persona senatorum inhibuit,* de sponsalibus nihil locuta est ; recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his casibus *ipso jure nullius esse momenti ;* ut suppleatur quod orationi deest. » (Cf. L. 3, § 1, de don. int. vir. et ux. (XXIV, 1) ; L. 27, L. 34, § 3, de ritu nupt. (XXIII, 2).

a) Qu'avant ce décret du sénat, les mariages entre les affranchis et les sénateurs n'étaient pas nuls;

b) Qu'avant et depuis, les mariages entre les sénateurs et les infâmes n'étaient également pas nuls; seulement la nullité fut étendue par voie d'interprétation aux mariages avec les comédiens ou leurs enfants et les personnes exerçant une profession dangereuse pour les mœurs (*g*), jamais avec les infâmes en général (*h*);

c) Qu'avant et depuis, les mariages des hommes nés libres avec les femmes infâmes n'étaient pas nuls, mais seulement dépourvus des priviléges attachés par la loi Julia à la condition du mariage; priviléges relatifs à la capacité plus ou moins étendue de recevoir par testament.

IV.

Les mentions fréquentes du décret du sénat rendu sous Marc-Aurèle ont mis nécessairement les auteurs modernes sur la voie de cet enchaînement historique; mais ils se sont expliqué la chose si peu clairement, que la confusion s'est encore accrue. Ainsi, Heineccius (*a*) commence par dire que la prohibition de mariage de la loi Julia était une loi

(*g*) Déjà Modestin parle de l'extension aux comédiens et à leurs enfants, L. 42, § 1, de ritu nupt. (XXIII, 2). Constantin posa le principe d'une manière plus complète (L. 1, C. de natur. lib., V, 27), et sa constitution fut elle-même encore mieux précisée par Marcien (L. 7, C. de incestis (V, 5).

(*h*) Les lois citées rapportent la nullité aux professions infamantes, et non à l'infamie résultant d'actes isolés. Ce fait nous est d'ailleurs prouvé par le texte suivant: L. 43, § 10, de ritu nupt. (XXIII : 2): « Senatus censuit, *non conveniens esse* ulli senatori, uxorem ducere aut retinere *damnatam publico judicio.* » Un semblable mariage n'était donc pas nul, puisqu'il fallut un sénatus-consulte pour le déclarer inconvenant, et l'empêcher ainsi par une voie indirecte.

(*a*) Heineccius, ad L. Jul, et P. P., lib. II, cap. 2 et cap. 6. — Les points principaux de cette doctrine, quoique moins bien précisés, se retrouvent déjà dans Ramos, ad L. Jul, et P. P., lib. II, cap. 8.

minus quam perfecta, et que le décret rendu sous Marc-Aurèle la rendit *perfecta*, en prononçant la dissolution du mariage. Ensuite, il représente l'ancienne prohibition comme une véritable et complète nullité du mariage; de sorte que le seul résultat nouveau du décret aurait été de faire séparer les époux par mesure de police, et c'est à quoi le droit romain n'a jamais songé.

A cette erreur fondamentale des auteurs modernes se rattachent de graves erreurs sur l'interprétation de plusieurs textes. Je citerai d'abord le commencement du titre des Institutes, *de nuptiis* : « Justas autem nuptias inter se « cives Romani contrahunt, qui *secundum præcepta legum* « coeunt. »

Ici, *præcepta legum* désigne, dit-on, la loi Julia et Papia Poppea. Mais telle ne peut être la pensée de Justinien ni de l'ancien jurisconsulte auquel ce fragment est emprunté. D'abord parce qu'en fait les *justæ nuptiæ* étaient indépendantes de ces prescriptions (Num. III); et quand même elles auraient eu leur part d'influence, on ne saurait les représenter comme seules conditions des *justæ nuptiæ* à l'exclusion des dispositions beaucoup plus importantes de l'ancien *jus civile*. Ainsi donc, les mots *præcepta legum* s'appliquent aux règles du droit positif en général, sans désignation historique spéciale.

Je citerai ensuite un texte difficile de Paul dans la *collatio* (XVI, 3) où, après avoir défini les *sui heredes* comme les enfants sous la puissance paternelle, il ajoute ce détail : « nec interest, adoptivi sint, an naturales *et secundum legem* « *Juliam Papiamve quæsiti*. » Voici comme on interprète ce texte : « Les enfants, tant adoptifs que naturels, pourvu que ceux-ci soient issus d'un mariage conforme à la loi Julia. » Ici se représentent les deux arguments avec lesquels j'ai combattu l'interprétation donnée au texte des Institutes : Paul aurait dit une chose fausse et aurait omis une chose

vraie et importante. J'ajoute que la conjonction *et* ne se rapporte pas comme condition ni restriction au second cas des *sui*, mais désigne plutôt un troisième cas. Paul voulait dire vraisemblablement : Sont *sui*, 1° les enfants adoptifs ; 2° les enfants nés d'un mariage légal ; 3° ceux qui, par suite d'une *causæ probatio*, sont soumis à la puissance paternelle. Le développement et la justification de cette interprétation, qui, peut-être, exige un changement dans le texte, se rattachent à une recherche approfondie sur l'histoire de la *causæ probatio*, d'après les témoignages de Gaius et d'Ulpien.

V.

L'histoire ultérieure de ces prohibitions de mariage est surtout importante pour le sujet qui nous occupe.

La prohibition générale qui, pour les hommes nés libres, et souvent aussi pour les sénateurs, aboutissait seulement à une privation de biens, se trouve écartée par les diverses lois des empereurs qui abolirent les peines portées contre le célibat et l'absence d'enfants (*a*). En effet, cette abolition ôtait à la prohibition générale toute importance pratique.

La prohibition spéciale qui, depuis Marc-Aurèle, prononçait la nullité des mariages entre les sénateurs et les affranchies ou les comédiennes, etc., subsista jusqu'à Justinien, qui la désarma progressivement.

D'abord, il ordonna que le mariage d'un homme né libre avec une affranchie ne serait pas annulé si, par la suite, l'homme né libre acquérait la dignité sénatoriale (*b*).

(*a*) Tit. De infirmandis pœnis cœlibatus, etc., dans le Code Théodosien, VIII, 16 ; dans le Code Justinien, VIII, 58.

(*b*) L. 28, C. de nupt. (V, 4). D'après la lettre de ce texte, on pourrait croire que la L. Papia prononçait déjà la nullité, mais c'est une expression inexacte qui, sous le nom de L. Papia, comprend les additions postérieurement faites à cette loi.

Plus tard, il permit aux sénateurs d'épouser des comédiennes, pourvu qu'elles eussent renoncé à leur profession (*c*).

Enfin, il permit aux sénateurs de contracter toute espèce de mariage, sous la seule condition d'en dresser contrat par écrit (*d*).

Dès lors se trouvèrent effacées les dernières traces des prohibitions de mariage prononcées par la loi Julia, et l'infamie appliquée aux femmes perdit en même temps toute signification pratique.

VI.

Si une veuve contracte un second mariage pendant le cours de l'année de deuil (autrefois le deuil ne durait que dix mois), un passage de l'édit du préteur inséré dans le Digeste déclare infâmes le père de la veuve si elle est sous sa puissance, le second mari ou son père si le mari est soumis à la puissance paternelle (§ 77). L'édit ne parle pas de la veuve; mais plusieurs textes émanés des jurisconsultes et des empereurs la déclarent également infâme (§ 77, *y*). Indépendamment de cette différence qui demande une explication, bien d'autres questions se présentent quand on examine la chose de plus près. Si la violation du deuil est en réalité le motif de l'infamie, pourquoi le deuil d'autres personnes, telles que les pères et mères et les enfants, ne serait-il pas protégé par les mêmes peines que le deuil du mari? Si même on fait abstraction des personnes, pourquoi

(*c*) L. 29, C. de nupt. (V. 4). Cela était tout à fait contraire à la L. Julia, car elle étendait la prohibition aux enfants des comédiens. L'innovation de Justinien fut motivée par le souvenir de l'ancienne profession de l'impératrice régnante Théodora.

(*d*) Nov. 117, C. 6. Les contrats de mariage n'étaient pas ordonnés uniquement dans ce but : le cap. 4 de la même Novelle les prescrit comme forme générale pour les mariages des *illustres*.

un second mariage est-il le seul acte considéré comme violation du deuil?

Avant de chercher dans les sources une réponse à ces questions, je ferai une observation préliminaire propre à éclairer la discussion. Le mariage en lui-même n'a rien de commun avec le deuil ni avec la violation du deuil. En effet, pour violer le deuil, il faut des réjouissances, des démonstrations incompatibles avec la piété sérieuse due à la mémoire des morts (*a*). Or le mariage peut se contracter dans le silence et le recueillement, sans perdre le souvenir du défunt; cela est surtout évident quand il s'agit d'un mariage qu'un père aurait désiré et préparé avant sa mort. Voici encore d'autres circonstances à l'appui de cette opinion. Si le mariage eût été en lui-même une violation du deuil, la femme en deuil d'un parent, et notamment d'un père ou d'un fils, aurait dû obtenir une *vacatio*, c'est-à-dire une dispense temporaire du mariage, sans encourir les peines portées contre le célibat, car on n'aurait pu raisonnablement placer une femme dans l'alternative inévitable d'encourir l'une ou l'autre peine. Mais une semblable *vacatio* ne s'accordait jamais qu'après la mort du mari (*b*); ainsi donc, par rapport aux parents, le mariage n'était pas une violation du deuil.

Il y a plus : le deuil d'une femme est abrégé, c'est-à-dire finit exceptionnellement par le seul fait de ses fiançailles (*c*);

(*a*) Paulus, L. 21, § 14 : « Qui lugel, abstinere debel a conviviis, ornamentis, purpura, et alba veste. » C'esl le texte du Breviarium; seulement, le mol *purpura* mauque ordinairement dans les manuscrits, et a été ajouté d'après le Cod. Vesontinus. Je discuterai plus bas l'importance de ce mol.

(*b*) Ulpian., til. XIV : » Feminis lex Julia *a morte viri anni tribuit vacationem*, a divortio sex menses; lex autem Papia *a morte viri biennium*, a repudio annum et sex menses. »

(*c*) Festus S. V. : « *Minuitur* populo luctus ædis dedicatione... privatis autem, cum liberi nali sunt... *cum desponsa est*, » rel.

si donc le mariage suit immédiatement, il a lieu à une époque où le deuil était déjà fini et ne pouvait plus être violé. — Aussi la loi sur cette matière, attribuée à Numa, contient deux dispositions différentes : l'obligation de porter le deuil des morts pendant un temps déterminé, et la prohibition de contracter un nouveau mariage avant un certain délai (*d*). — Enfin, la méprise était facile à commettre, et on se l'explique aisément. Le préteur déclara comme cause d'infamie un second mariage prématuré, et, pour déterminer le délai avant lequel ce mariage ne pouvait être contracté, il fixa précisément le temps pendant lequel la veuve avait coutume de porter le deuil de son mari (*e*). Ainsi on prit comme motif de la pénalité le deuil qui ne servait que comme fixation de délai, car le motif véritable était d'éviter la confusion de part, dans le cas où un enfant serait né peu après le second mariage.

La vérité de cette explication est mise hors de doute par Ulpien; il dit expressément que le deuil n'est mentionne que comme fixation de temps dans l'édit du préteur (*f*), et il en donne deux preuves convaincantes. D'abord l'infamie n'en serait pas moins encourue quand la veuve ne devrait pas porter le deuil; si, par exemple, son mari avait été condamné pour haute trahison, ou s'était donné la mort afin d'échapper à une peine (*g*) : ensuite, la prohibition et l'infamie disparaissent quand la veuve accouche depuis la mort du mari, et même avant l'expiration du deuil, parce

(*d*) Plutarque, Numa, C. 12, sur les différentes tentatives faites pour recomposer la loi de Numa, c'est-à-dire pour fixer le sens pratique de ce passage. Cf. Dirksen, Versuche, p. 331.

(*e*) « *intra id tempus*, quo elugere virum moris est, *antequam* virum elugeret. »

(*f*) L. 11, § 1, de his qui not. (III, 2) : Prætor enim *ad id tempus se retulit*, quo vir elugeretur qui solet elugeri, *propter turbationem sanguinis*. »

(*g*) L. 2, § 1, 3, de his qui not. (III, 2).

qu'alors la *turbatio sanguinis* devient impossible (*h*). C'est en vertu du même principe que le deuil du père, de la mère ou des enfants, ne fait jamais obstacle au mariage (*i*).

VII.

Voici maintenant d'autres renseignements certains, qui viennent compléter ces données. Il y avait, d'après une ancienne coutume dont on rapporte l'origine aux lois de Numa, deux règles distinctes, et cependant analogues.

1) La veuve, après la mort de son mari, doit rester dix mois (les empereurs fixèrent douze mois) sans se remarier. Si elle viole cette règle, sont déclarés infâmes les hommes qui ont concouru au mariage, le nouvel époux et, suivant les circonstances, les pères des deux conjoints. Sans doute, la honte de cette transgression retombait directement sur la veuve; mais il ne pouvait être question d'infamie tant que cette peine conserva son caractère purement politique.

2) On doit porter le deuil de ses proches parents; il faut alors s'abstenir du luxe des vêtements ainsi que des festins. Cette obligation du deuil n'était sans doute rigoureusement imposée que dans certains cas, et, pour tous les autres, on s'en remettait à la piété des parents. Il est impossible d'établir en cette matière des règles fixes pour tous les temps (*a*).

(*h*) L. 11, § 2, de his qui not. : « Pomponius eam, quæ intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare : quod verum puto. »

(*i*) L. 11, pr. de his qui not. (III, 2) · « Liberorum autem et parentum luctus impedimento nuptiis non est. »

(*a*) Peut-être n'y avait-il pas de terme rigoureusement fixé, et il ne devint indispensable que du jour où la violation du deuil entraîna l'infamie; auparavant cette matière était abandonnée au pouvoir discrétionnaire des censeurs, et peut-être continuèrent-ils à exercer leur surveillance, afin de compléter les effets de l'infamie. Cf. Niebuhr, vol. II, p. 450, 2e et 3e éditions.

Sous les empereurs, et peut-être avant, l'obligation du deuil fut imposée ordinairement aux femmes, quoique l'on cite là-dessus une opinion contraire mais isolée (*b*). Alors les femmes ne furent tenues de porter le deuil que de leurs maris, de leurs ascendants et de tous leurs descendants (*c*); il est probable qu'anciennement elles portaient aussi le deuil de leurs parents collatéraux les plus proches (*d*). — La violation de ce devoir passait naturellement pour une impiété et un déshonneur; mais comme le deuil n'était obligatoire que pour les femmes, ce ne pouvait être un cas d'infamie, tant que cette peine conserva son caractère d'institution politique.

(*b*) Fragm. Vat., § 321 (probablemeot tiré de Paulus ad edictum) : « Parentem inquit. Hic omnes pareotes aecipe utriusqne sexns; nam lugendi eos *mulieribus* moris est. Quamquam Papinianus, lib. II Quæstionum, etism liberis virilis sexus lugendos esse dieat; *quod nescio ubi legerit.* » Peut-être, dans certains cas particuliers, les censeurs avaient-ils noté des fils pour violation du deuil de lenrs parents (note *a*), ce qui expliquerait cette diversité extraordinaire d'opinioos. Par un hasard singulier, aoos avnns le passage de Papioien ici critiqué. L. 25, pr. de his qni nnt. (III, 2). « Papinianus, lib. II Quæstionum. Exheredatum qnoque filinm luctum habere patris memoriæ placuit. Idemque et in matre juris est, cujus hereditas ad filium non pertinet. » — Sénèque epist. 63, dépose aussi contre l'observation du deuil par les hommes : « Annum femiois ad lugendum constitnere, non nt tamdiu, sed oe diutius; *viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum.* » On peut voir dans ees derniers mots une exagératinn oratoire, de même que dans cette assertinn que l'année de deuil imposée aux femmes doit s'entendre comme d'un maximum. Néanmoins, Sénèque pose ici la distinction entre les deux sexes par rapport au deuil, eomme nn fait hors de doute. — Je eiterai eneore sur ce sujet la L. 9, pr. de his qni not. (III, 2) : « Uxores viri lugere non eompelluntur. » — Enfio je signalerai ees mots : « *mulieribus* remittuntur, » dans la L. 15, C. ex quib. C. iof. (Voy. Num. IX, 6).

(*c*) Fragm. Vat., § 320 (termes de l'édit) : quæ virum, pareotemve, liberosve suos, uti mos est, non eluxerit. »

(*d*) Festus, V. *Minuitur* : « ... privatis (minuitur luctus)... eum propriore quis cognatione, *quam is qui lugetur*, natus est. » Cf. Kleoze, Zeitsehrift f. Gesch. Rechtsw., VI, p. 33. Plus has Num. IX, c.

Mais quand la loi Julia, complétée par l'interprétation des jurisconsultes, eut rendu l'infamie applicable aux femmes (Num. II), tout cela dut naturellement changer, et la veuve qui se remariait prématurément, comme les femmes qui manquaient à l'obligation du deuil, durent encourir l'infamie. Il n'y avait pas de nécessité véritable à insérer ces nouveaux cas dans l'édit des préteurs; néanmoins, on les y ajouta (Num. II).

Lorsque enfin la législation justinienne eut rendu l'infamie inapplicable aux femmes (Num. V), ces cas d'application durent disparaître de nouveau. Ainsi s'explique très-bien pourquoi, en insérant dans le Digeste l'édit sur les infâmes, on omit les additions postérieures à la loi Julia. On n'aurait dû, à la rigueur, laisser aucune trace de ces principes dans les fragments des jurisconsultes, ni dans les constitutions des empereurs. Si le contraire est arrivé (§ 77, *y*), cela s'explique suffisamment par la manière dont les compilations ont été faites, et par l'analogie de tant d'autres matières, sans que l'on puisse trouver, dans cette circonstance, à élever aucun doute sur l'exactitude de nos renseignements historiques.

VIII.

Ce préliminaire était indispensable pour exposer avec clarté ce que contiennent les sources relativement aux questions qui nous occupent. Nous possédons dans deux endroits différents des extraits de l'édit sur le mariage prématuré et sur la violation du deuil. Ces deux morceaux, dont l'authenticité quant au point principal est incontestable, tantôt s'accordent littéralement, tantôt diffèrent beaucoup. L'un, dont je me suis servi jusqu'ici, se trouve dans le Digeste, et est tiré de Julianus, lib. I, ad edictum (L. 1 de his qui not.); l'autre se trouve dans les fragments du Vatican et est tiré d'un commentaire dont l'auteur inconnu est vrai-

semblablement Paulus, lib. V, ad edictum (*a*). Nous avons en outre un fragment encore différent, et attribué à Paul. J'essayerai d'expliquer ces différences, et à cet effet je vais mettre en parallèle les deux extraits de l'édit :

L. 1 de his qui not. inf.	Fragm. Vaticana, § 320.
Infamia notatur.......	
A. Qui eam, quæ in potestate ejus esset, genere mortuo, cum eum mortuum esse sciret,	A. Et qui eam, quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret,
intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret,	
in matrimonium collocaverit :	in matrimonium collocaverit :
B. Eamve sciens quis uxorem duxerit,	B. Eamve sciens uxorem duxerit;
non jussu ejus in cujus potestate est :	
C. Et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit.	C. Et qui eum, quem in potestate haberet, earum quam uxorem ducere passus fuerit.
	D. Quæ virum, parentem, liberosve suos, uti mos est, non eluxerit;

(*a*) Ce fragment est évidemment tiré d'un commentaire sur l'édit. Comme Ulpien y est cité et réfuté, nous n'avons qu'à choisir entre Ulpien et Paul. Mais je croirais plutôt que Paul en est l'auteur; car Ulpien, dans la loi 23, de his qui not. (III, 2), me paraît envisager la même question sous une tout autre face. Néanmoins, vu le petit nombre de fragments que nous possédons, et où

E. Quæ cum in parentis su
potestate non esset, viro
mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id
tempus, quo elugere virum moris est, nupserit.

Je parlerai d'abord des différences que je crois sans importance, et, ici comme dans la suite de cette discussion, je me servirai des lettres par lesquelles j'ai essayé de distinguer les différents cas de l'infamie.

Sans doute, personne n'objectera que le mot *infamia* ne se trouve ni dans le texte du Vatican, ni dans le commentaire qui suit immédiatement, § 321. L'extrait commencé après la mention de l'infamie, et sa conformité en grande partie littérale avec le texte du Digeste, prouve évidemment qu'il est emprunté à la liste des infâmes, dressée par l'édit du préteur.

Je n'attache pas non plus d'importance à ce que, dans le texte du Vatican (A et B), il manque plusieurs mots logiquement indispensables au sens de l'édit. Ces mots n'ont pas été, à ce que je pense, omis par les copistes, mais par l'abréviateur lui-même et à dessein; car, en transcrivant les cas A, B et C, il voulait seulement conserver la suite des idées, et montrer comment les cas D et E se rattachent à ceux qui précèdent. En effet, il s'occupe principalement de ces deux derniers cas, et la preuve c'est que dans le paragraphe tiré du commentaire du jurisconsulte, il ne cite qu'un fragment relatif au cas D. C'est aussi dans le même esprit qu'aux termes fort justes et certainement authentiques de l'édit : « eam de qua supra comprehensum est, » l'abréviateur a substitué : « earum quam » (C), bien que rien

toutes les idées intermédiaires manquent, cette circonstance ne saurait être décisive

dans les passages A et B ne justifiât le pluriel « earum. » Au reste, le sens demeure toujours le même, « toute femme, » et l'on conçoit que le texte authentique et circonstancié de l'édit ait été abrégé arbitrairement, tandis que le contraire ne se concevrait pas.

J'arrive à la question la plus importante. Les passages C et D désignent-ils, comme je le crois, deux cas distincts, ou bien un seul et même cas; de sorte que ces mots « quæ « virum..... non eluxerit » seraient simplement le complément de ceux qui précèdent, « earum quam? »

Suivant moi, sont infâmes : C, le père du nouvel époux; D, toute femme qui viole l'obligation du deuil; et ici il n'est plus question de mariage.

D'après l'autre interprétation, est infâme : le père de l'homme qui épouse une femme violant l'obligation du deuil (*b*).

Voici les arguments favorables à mon opinion :

(*b*) Cette opinion est celle de Wenck, Præf. ad Hauboldi opuscula, vol. I, p. xxxii, xxxiii, et il y est amené naturellement; car il suppose que l'édit, tel que nous le connaissons d'après les fragments du Vatican et d'après le Digeste, prononce uniquement l'infamie contre les hommes, jamais contre les femmes, et qu'il n'a en vue que l'incapacité des infâmes de postuler en justice. Wenck ne s'occupe pas d'expliquer la grande différence que présentent les deux textes. — Cette opinion ne peut s'entendre que de deux manières, et il faut admettre que l'infamie du beau-père résulte : 1° ou d'un mariage contracté pendant le deuil; 2° ou d'une violation du deuil dont la femme se serait rendue coupable à une époque antérieure par quelque acte que ce soit. Cette dernière hypothèse rentre davantage dans ces mots : quæ... non eluxerit; voici comment elle peut se présenter : La femme qui viole le deuil encourt une infamie perpétuelle. Si donc plus tard elle contracte un autre mariage, le mari ou son père encourent l'infamie. Telle est effectivement l'opinion de Wenck, p. xxxiii; mais une pareille extension donnée à l'infamie est sans exemple, sans aucune analogie, et même en contradiction avec des témoignages positifs. Ainsi, quand un sénateur, déclaré infâme pour avoir épousé une comédienne, était expulsé du sénat, pourquoi aurait-on prononcé en outre la nullité de ce mariage? (L. 42, § 1, de ritu nupt., XXIII, 2.)

1) L'opinion contraire implique nécessairement l'authenticité des mots « earum quam », parce qu'ils peuvent se construire aussi bien avec les mots qui précèdent qu'avec ceux qui suivent. Or, j'ai déjà montré que cette rédaction appartient à l'abréviateur et non à l'édit du préteur. D'après le texte authentique du Digeste, cette interprétation est impossible, parce que les mots « eam de qua supra, etc., » ne peuvent être rapportés qu'au cas qui précède.

2) Si « earum quam » était effectivement le texte authentique, les mots « quæ... eluxerit », se rapportant à « earum, » auraient dû être au pluriel.

3) Dans le manuscrit, « quæ virum » commence un alinéa; ce qui indique plutôt le commencement d'un nouveau cas que la suite d'une même proposition.

4) L'opinion que je combats suppose que le mariage en lui-même viole le deuil des parents; ou des enfants; supposition que rien ne justifie (Num. VI).

5) Quand même il serait vrai que le seul fait du mariage est toujours une violation du deuil, il faudrait encore abandonner cette opinion, à cause de l'inconséquence de ses résultats pratiques; car alors il faudrait déclarer infâme le père de l'homme qui épouse une femme violant l'obligation du deuil. Cette rigueur, en elle-même peu concevable, le devient encore moins si l'on considère que l'infamie n'atteint pas le père de la femme ni le nouvel époux hors de la puissance paternelle. En effet, d'après les passages A et B, l'un et l'autre sont seulement déclarés infâmes quand la veuve se remarie avant l'expiration du deuil de son premier époux, non quand elle viole l'obligation du deuil de ses parents ou de ses enfants. Or, pourrait-on admettre une contradiction si choquante?

La même discussion se représente pour le cas E, qui, suivant moi, est le complément des règles posées, A, B, C. D'après celles-ci, sont déclarés infâmes les hommes qui

concourent à un mariage prématuré ; la règle E étend l'infamie à la femme elle-même.

Dans l'opinion contraire, cette règle n'étant que la détermination de « earum quam , » atteint encore le beau-père de la femme (c). Les arguments invoqués pour le cas D se représentent ici avec toute leur force. Mais en voici un nouveau encore plus décisif. Le père du mari ne serait déclaré infâme que si la femme est indépendante ; or, que la femme soit ou non sous la puissance paternelle, le beau-père est également coupable d'autoriser le mariage de son fils. Tout ce dont le passage E ne serait qu'une répétition traînante se trouve déjà exprimé avec clarté et précision dans le texte de l'édit transcrit par le Digeste (C) : « Eam *de qua supra comprehensum est.* »

IX.

Une partie des différences existant entre les deux textes de l'édit se trouve expliquée par l'intention de l'abréviateur, auteur des fragments du Vatican. Reste à présent la partie la plus importante, les deux cas de l'infamie (D et E) mentionnés dans les fragments et omis dans le Digeste. Ici l'explication précédente cesse d'être applicable, car il convenait à l'abréviateur de retrancher, mais non pas d'ajouter. L'exposé complet des faits historiques nous rendra compte de cette différence.

Tant que l'infamie demeura une institution purement politique, elle fut étrangère aux femmes. La loi Julia et son interprétation atteignit aussi les femmes (Num. II) ; et furent entre autres déclarées infâmes, les femmes qui violaient l'obligation rigoureuse du deuil, et celles qui se remariaient avant dix mois révolus depuis la mort de leur mari. Ces

(c) Wenck, p. XXXIII, pour être conséquent avec lui-même, est obligé de l'entendre ainsi, et il ajoute au second *quæ*, non au premier, la parenthèse explicative : *i. e. quæve*.

nouveaux cas furent insérés dans l'édit (Num. VII), et à la suite de ceux avec lesquels ils avaient le plus d'analogie. Les fragments du Vatican (N. VIII) nous montrent la forme nouvelle que ces additions donnèrent à l'édit, et nous comprenons pourquoi le cas E a été inséré après les cas A, B, C, et même non immédiatement, tandis que l'enchaînement logique voulait qu'il fût mis à côté de ces différents cas ou plutôt avant eux. Voilà, sans doute, la place qu'on lui aurait donnée, s'il eût existé lors de la première rédaction de l'édit.

Dans la suite, cette matière subit une modification très-importante. Un décret du sénat, dont on ignore la date (*a*), scinda les nouveaux cas d'infamie appliquée aux femmes. La violation du deuil, sans être autorisée, n'eut plus de conséquences juridiques, c'est-à-dire cessa d'être infamante; quant au mariage prématuré, ce fut toujours une cause d'infamie pour la femme et pour son second époux (*b*). Ce nouvel état du droit est très-nettement exprimé dans un texte d'Ulpien, qui nous représente le deuil en général et sans distinction de sexe comme un simple devoir de piété, qui n'entraîne aucune conséquence juridique, et surtout qui n'entraîne pas l'infamie (*c*). Ce texte s'accorde parfaite-

(*a*) On ne peut le placer bien tard; car, postérieurement à Sévère, nous n'avons aucun sénatus-consulte dont l'authenticité soit certaine.

(*b*) L. 15, C. ex quib. causis inf. (II, 12): « Imp. Gordianus. Decreto amplissimi ordinis luctu fœminarum deminuto, *tristior habitus ceteraque hoc* « *genus insignia, mulieribus remittuntur : non etiam* intra tempus, quo « his elugere maritum moris est, *matrimonium contrahere permittitur* : cum « etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, *tam ea*, quam *is qui* « *sciens eam duxit uxorem*, etiamsi miles sit, *perpetuo Edicto labem pudoris* « *contrahat*, 239. » C'est-à-dire, l'infamie prononcée par la dernière rédaction de l'édit subsiste pour ce second cas, mais elle est abolie pour le premier.

(*c*) L. 23, de his qui not. (III, 2): « Parentes, et liberi utriusque sexus, nec « non et ceteri agnati vel cognati, secundum pietatis rationem et animi sui « patientiam, prout quisque voluerit, lugendi sunt : qui autem eos non eluxit, « non notatur infamia. » La pensée exprimée par ce texte peut être dévelop-

ment avec le décret du sénat dont je viens de parler, et on ne conçoit pas que quelques auteurs modernes y aient soupçonné une interpolation (*d*).

On pouvait alors modifier de nouveau l'édit et en retrancher le cas D. Les fragments du Vatican nous montrent que cela n'eut pas lieu. Sans doute le décret fut rendu à une époque où les changements du texte de l'édit, devenus de plus en plns rares, finirent par cesser tout à fait; d'ailleurs le décret du sénat était environné de trop d'autorité et de publicité pour que l'on pût abuser du texte de l'édit. Si donc cette disposition abrogée fut conservée dans l'édit, nous ne devons pas être surpris que Paul, ou un de ses contemporains, l'ait commentée. Sans doute il avait ajouté que dans ce cas le sénat avait aboli l'infamie, bien que cette remarque ne se trouve pas dans l'extrait de ce commentaire qui nous a été conservé.

Sous Justinien, l'état des choses n'était plus le même; ainsi que dans l'ancien droit, l'infamie n'atteignait plus les femmes (Num. V). Dès lors rien de plus naturel que de rayer du texte de l'édit les cas applicables exclusivement aux femmes (L. 1, de his qui not.), et par là s'explique d'une manière fort simple la différence des deux textes que nous possédons.

pée et complétée de la manière suivante : Anciennement le deuil était, dans certains cas, un devoir rigoureux, auquel on donna même pour sanction la peine de l'infamie; dans d'autres cas, ce n'était qu'un devoir de conscience, notamment pour les hommes, et quand il s'agissait du deuil de parents collatéraux (Cf. Num. VII, *d*). Le nouveau décret du sénat abolit ces distinctions, et désormais le deuil est dans tous les cas un simple devoir de conscience. — Il n'y a aucun motif pour croire ce texte interpolé.

(*d*) Ainsi, par exemple, Cujacius, Observ., lib. 21, C. 12

X.

Le texte de l'édit, dans sa rédaction la plus complète, celle du Digeste (Num. VIII), présente une autre difficulté dont je n'ai pas encore parlé :

Qui eam, quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, *intra id tempus quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret*, in matrimonium collocaverit.

Chacun au premier abord rapportera à « collocaverit » les mots imprimés en italiques, et dès lors ils désigneraient le temps pendant lequel doit être contracté le mariage pour que le beau-père encoure l'infamie. Néanmoins, cette interprétation doit être rejetée pour deux motifs : d'abord, ces mots ainsi entendus présenteraient une répétition tout à fait inutile : *intra id..... moris est* aurait précisément le même sens que *antequam virum elugeret*. Ensuite, les mots qui précèdent : « cum eum mortuum esse sciret », se rapportent évidemment à un cas d'ignorance excusable, et qui n'entraîne pas l'infamie (*a*). Ce serait nécessairement celui où le père croirait son premier gendre encore vivant. Mais alors l'action du père serait bien plus criminelle, car il aurait voulu rendre sa fille bigame.

Ces difficultés disparaissent si l'on sépare les mots cités en deux parties distinctes pour le sens et pour la construction. Les mots « antequam virum elugeret » se rapportent effectivement à « collocaverit », et ont le sens donné plus haut. Mais ceux qui précèdent servent à déterminer « mortuum esse », et expriment la pensée suivante :

Le père est infâme lorsque, d'après l'époque de la mort de son gendre, il sait que le temps du deuil n'est pas encore

(*a*) L. 8, de his qui not. (III, 2) : « Merito adjecit Prætor, *cum eum mor-* « *tuum esse sciret*, ne ignorantia puniatur. »

expiré. Une erreur sur cette circonstance justifie son consentement.

Je suppose que le gendre parte pour l'armée, et ne donne aucune nouvelle; dix-huit mois plus tard arrive la nouvelle de sa mort que l'on dit être arrivée un mois après son départ; mais ce fait est inexact, et le gendre n'est réellement mort que depuis quatre mois. Si, à la réception de cette nouvelle, la veuve se remarie sur-le-champ, ni elle ni son père ne sont coupables; car ils ignoraient que le deuil ne fût pas expiré, et, dans la supposition de l'exactitude de cette nouvelle, ils auraient agi valablement (*b*).

La justesse de cette interprétation n'apparaît pas au premier coup d'œil, parce qu'il faut rapporter les mots : « mortuum esse intra id tempus » à une époque antérieure déjà écoulée; mais cette interprétation, conforme à l'esprit du texte, peut très-bien se concilier avec ses termes. C'est du reste ce qui a été fait depuis longtemps d'une manière satisfaisante (*c*).

XI.

J'arrive à un ancien témoignage relatif à l'infamie qui résulte de la violation du deuil, et bien différent de ce que

(*b*) L. 8, de his qui not. (III, 2). « sed cum tempus luctus continuum est, « merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti : et ideo si post legitimum tem« pus cognovit, Labeo ait, ipsa die et sumere eam lugubria et deponere. » Ce qu'Ulpien dit ici du deuil s'applique à la prohibition temporaire d'un second mariage, et voilà précisément ce qu'il avait en vue. — Au reste, dans le texte cité note *a*, après ces mots : *cum eum mortuum esse sciret*, il faut sous-entendre *intra id tempus... mortis est*, et après *sciret* non etc.; autrement on arriverait à cette conséquence absurde, que le père serait irréprochable, si, à l'époque du second mariage, il croyait son premier gendre encore vivant.

(*c*) Rücker, Observ., C. 1, faisant suite à sa Diss. de civ. et nat. temp. comput., C. 1, Lugd. Batav., 1749. — Wenck, l. c., p. XXXIV-XXXVI, a également bien expliqué ce point.

nous avons vu jusqu'ici. C'est un texte de Paul, lib. I, tit. 21, ainsi conçu :

§ 13. Parentes et filii majores *sex* annis *anno* lugeri *possunt* : minores *mense* : maritus decem mensibus : et *cognati* proximioris gradus octo. *Qui contra fecerit, infamium numero habetur.*

§ 14. Qui luget, abstinere debet a conviviis, ornamentis, purpura, et alba veste.

Lorsqu'on examine le contenu du § 13, on n'y trouve presque rien qui ne soit en contradiction avec les renseignements les plus sûrs, notamment avec le § 321 dans les fragments du Vatican, extrait d'un commentaire sur l'édit (dont Paul paraît être l'auteur); contradiction d'autant plus frappante, que le § 321 est confirmé par la loi de Numa dont parle Plutarque. D'abord le *sex* annis, là où il faudrait *decem;* on a proposé de lire ainsi; mais ce n'est remédier qu'à une partie du mal. Puis le *anno* qui, rapproché des dix mois pour le mari, désigne évidemment douze mois. Le § 321 parle aussi d'un *annus;* mais il l'explique immédiatement et d'une manière convaincante par l'ancienne année de dix mois. Puis le *possunt*, qui semble fixer la plus longue durée du deuil, et est en contradiction avec la peine de l'infamie. Puis le *mense*, tandis que pour les enfants au-dessous de dix ans le deuil dure autant de mois qu'ils avaient d'années; jusqu'à trois ans il n'y a qu'un demi-deuil (sublugetur), et au-dessous d'un an, pas de deuil du tout. Puis les cognats, dont le § 321 ne parle pas, et dont l'édit lui-même (au § 320) ne parle pas davantage. Enfin l'infamie prononcée d'une manière absolue et sans distinction de sexe, tandis que, en pareil cas, cette peine n'avait jamais atteint les hommes, et, du temps de Paul, n'atteignait plus les femmes elles-mêmes (Num. VII) (*a*).

(*a*) Pour resoudre la difficulte que presentent les derniers mots du texte,

Toutes ces contradictions seraient autant d'énigmes inexplicables s'il fallait admettre l'autorité du prétendu texte de Paul, et c'est cette autorité qu'il s'agit maintenant de contrôler. Commençons par séparer du § 14 le § 13 qui, sauf le mot indifférent *purpura*, se retrouve dans tous les manuscrits du Breviarium, et dont l'anthenticité n'est pas douteuse. Son contenu ne présente d'ailleurs aucune difficulté; car les détails qu'il donne sur le deuil pouvaient être, même après l'abolition de l'infamie, rapportés comme souvenir des anciennes mœurs. Le § 13 n'existe que dans le Codex Vesontinus, manuscrit de Paul, que Cujas avait reçu de la ville de Besançon (*b*); malheureusement il ne nous dit pas si ce manuscrit contenait seulement Paul, ce qui est peu probable, ou le Breviarium entier. Son autorité paraît du reste fort suspecte, car les textes, publiés pour la première fois d'après ce manuscrit, ne se retrouvent dans aucun des nombreux et en partie très-anciens manuscrits du Breviarium.

Quand on pèse ces considérations extérieures et que l'on examine le contenu si extraordinaire du § 13, on peut dire que le Codex Vesontinus est un ancien texte retravaillé et

on a proposé diverses corrections. Herm. Cannegieter, Observ., p. 203, au lieu de : Infamium numero habetur, propose de lire : Infamium numero ō habetur, c'est-à-dire *non* habetur. Mais cette abrévation de ō pour *non* ne se trouve nulle part. — Jo. Cannegieter, de notis, p. 350, corrige le *qui* contra fecerit en *quæ*. — Bynkershoek, Observ., V, 13, pense que c'est une addition d'Anien. Mais il est contre toute vraisemblance que, dans le royaume des Visigoths, on ait rétabli l'infamie comme peine de l'inobservation du deuil.

(*b*) Cujas parle pour la première fois de ce manuscrit dans le 21e livre de ses Observationes (1579), et il en cite plusieurs nouveaux textes. Il dit à ce sujet, cap. 13 : Superiores sententias dedi ex libro vetustissimo Sententiarum Pauli ad me Vesontione perlato; et cap. 16 : in optimo libro quem Vesontio dedit civitas nobilissima mihique amisiscima. Toutes ces additions furent, pour la première fois, insérées dans le texte de Paul, à la suite du Codex Theodosianus. Paris, 1586, fol.

défiguré à une époque que nous ignorons, mais dont les fragments n'ont aucune autorité lorsqu'ils se trouvent en contradiction avec d'autres témoignages certains.

XII.

Voici quelques observations sur l'infamie des prostituées (*quæstum corpore facientes*). L'édit primitif du préteur ne les nommait pas, puisqu'il ne parlait pas des femmes. La loi Julia les mit au nombre de celles qui ne pouvaient épouser les sénatenrs, ni leurs descendants mâles (*a*). Il est presque certain qu'elles ne pouvaient pas non plus épouser les simples hommes libres, bien que cela ne soit pas dit expressément. D'abord la prostitution était, quant à la honte, entièrement assimilée au maquerellage, et, dans ce dernier cas, l'incapacité d'épouser un homme né libre était formellement prononcée (*b*). Ensuite, l'exception introduite en faveur des affranchies, qui s'étaient prostituées comme esclaves (*c*), suppose nécessairement qu'en principe les prostituées ne

(*a*) Ulpian., XIII, § 1. Cf. Num. II. — On pourrait en douter en voyant que ces femmes ne sont pas nommées dans le texte de la loi, cité littéralement par le Digeste, et où sont énumérées les femmes qui ne peuvent épouser les sénateurs (L. 44, pr. de ritu nupt., XXIII, 2). Mais ce n'était là qu'un chapitre de la L. Julia; et dans le chapitre suivant, dont par hasard on n'a pas fait d'extrait, peut-être étaient-elles nommées. Ulpien voulait au contraire faire une énumération complète des prohibitions, mais sans employer les termes de la loi. La preuve que la loi parlait effectivement de ces femmes ressort de la L. 43, de ritu nupt. (XXIII, 2), tirée du commentaire d'Ulpien sur la L. Julia, et où il explique ce qu'il faut entendre par *quæstum facere*.

(*b*) L. 43, § 6, de ritu nupt. (XXIII, 2) : « Lenocinium facere *non minus est* quam corpore quæstum exercere. » Le jurisconsulte, en se contentant de réfuter ceux qui regarderaient le *lenocinium* comme moins honteux que le *quæstus* proprement dit, nous prouve que la honte attachée au *quæstus* était généralement reconnue.

(*c*) L. 24, de his qui not. (III, 2) : « Imp. Severus rescripsit, non offuisse mulieris famæ, questum ejus in servitute factum. »

pouvaient contracter mariage avec les hommes nés libres. En cette matière, il ne pouvait être question des sénateurs, car le mariage avec les affranchies, même les plus honorables, leur était absolument interdit.

Vraisemblablement les prostituées furent portées sur la liste des infâmes dans l'édit du préteur; mais lors de la rédaction du Digeste elles en furent effacées comme toutes les femmes en général.

XIII.

Le maquerellage exercé par un homme était dans l'édit primitif une cause d'infamie; il n'y avait pas alors lieu de parler des femmes exerçant ce métier. La loi Julia défendit à tous les hommes nés libres le mariage avec les maquerelles et avec les affranchies qui avaient pour patron un homme ou une femme faisant métier de maquerellage (*a*). Les maquerelles n'étaient pas nommées dans les prohibitions de mariage relatives aux sénateurs; mais la prohibition résultait de l'assimilation de ce métier à la prostitution (*b*). Dans la suite, ce cas fut sans doute inséré dans l'édit sur les infâmes.

Voici des faits qui se passèrent sous Tibère et qui attestent une profonde dégradation morale (*c*). Des femmes de distinction firent ouvertement métier de maquerellage, « ut ad evitandas legum pœnas jure ac dignitate matronali exsolverentur. » Quels avantages trouvaient-elles à cet avilissement? D'abord elles pouvaient épouser les esclaves affranchis qui leur plaisaient, et c'était à leurs yeux un avantage

(*a*) Ulpian., XIII, § 2. Voy. plus haut Num. II. — Il est singulier que dans ce cas les esclaves affranchies soient infâmes, tandis qu'elles ne l'auraient pas été si pendant l'esclavage elles se fussent prostituées pour leur propre compte (Num. XII, *c*.).

(*b*) Voy. Num. XII, *b*.

(*c*) Suetonius, Tiber., C. 35.

que la loi Julia leur eût refusé (*d*) ; mais ce n'est pas là « ad evitandas legum pœnas. » Ensuite, si elles n'étaient pas mariées, elles cessaient d'être soumises aux peines de la loi Julia de adulteriis, car le *stuprum,* appelé aussi *adulterium*, n'était puni que quand les femmes avaient jusqu'alors conservé intacte leur dignité de matrone (*e*). Cela entrait sans doute dans leurs prévisions, car il fallut un sénatus-consulte spécial pour leur enlever cette échappatoire (*f*). Enfin elles trouvaient encore l'avantage de se rendre incapables, dans le sens de la loi Julia, de contracter mariage avec un homme né libre. Cette loi ne pouvait plus les punir pour célibat volontaire, puisqu'elle-même leur interdisait le mariage avec tous, les affranchis exceptés. Le raffinement d'un pareil calcul semble exagéré, et néanmoins c'était un des avantages auxquels Suétone fait allusion, car on prit des mesures pour les en priver. Sueton., Domitianus, c. 8 : « Probrosis feminis lecticæ usum ademit : *jusque capiendi legata hereditatesque.* » Voici le sens que ce passage présente naturellement : « Les femmes infâmes ne purent plus alléguer leur infamie comme prétexte de leur célibat forcé; mais elles furent déclarées incapables de recueillir les successions et les legs, comme si leur célibat eût été volontaire. »

A cette matière se rapportent quelques textes du Digeste ordinairement mal compris. En principe, les célibataires

(*d*) La fille d'un sénateur qui se déshonorait elle-même était toujours capable d'épouser un affranchi : la L. 47, de ritu nupt. (XXIII, 2) le dit expressément : « *impune* libertino nubit, » c'est-à-dire qu'elle évite les peines portées par la loi contre le célibat.

(*e*) L. 13, pr., § 2, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

(*f*) L. 10, § 2, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5) : « Mulier, quæ *evitandæ pœnæ adulterii gratia* lenocinium fecerit, aut operas suas in scenam locaverit, adulterii accusari damnarique ex Senatusconsulto potest. »

pouvaient recevoir les successions et les legs qui leur étaient déférés par le testament d'un soldat (*g*).

Cette règle s'appliquait aux femmes qui, s'il se fût agi d'un testament ordinaire, n'auraient pas trouvé dans leur conduite immorale un abri contre les peines du célibat. Néanmoins, dans le cas où la femme aurait entretenu un commerce déshonnête avec le soldat (avec le testateur), Hadrien ordonna que l'incapacité s'étendrait alors au testament militaire.

L. 41, § 1, de test. mil. (XXIX, 1) : « Mulier, in quam *turpis suspicio cadere potest*, nec ex testamento militis *aliquid capere potest*, ut D. Hadrianus rescripsit. » Les dispositions de ce rescrit sont reconnues et mises hors de doute dans le texte suivant :

L. 14, de his qui ut ind. (XXXIV, 9) : « Mulierem, quæ stupro cognita *in contubernio militis fuit*.... non admitti ad testamentum jure militiæ factum, et id quod relictum est ad fiscum pertinere, proxime tibi respondi. »

Ici on retrouve dans le droit Justinien un effet de l'ancien principe sur l'incapacité. Seulement, comme dans beaucoup d'autres cas semblables (§ 41), ces textes, détachés de leur ensemble primitif, prennent dans la législation justinienne une signification nouvelle. Ainsi, ce qui était originairement incapacité devient indignité, et l'ancien *caducum* se trouve changé en *ereptorium* (*ereptitium*, suivant la phraséologie moderne).

(*g*) Gaius, II, § III. Cf. L. 19, § 2, de castr. pec. (XLIX, 17); L. 5, C. de test. mil. (VI, 21).

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

